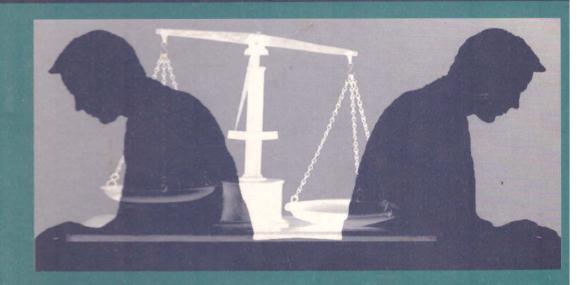
Hugo Nigro Mazzilli

QUESTÕES CRIMINAIS CONTROVERTIDAS

Hugo Nigro Mazzilli

QUESTÕES CRIMINAIS CONTROVERTIDAS

<u>Questões Criminais Controvertidas</u>,
de **Hugo Nigro Mazzilli**

Nota sobre a publicação eletrônica do livro

(outubro de 2011)

O livro "***Questões criminais controvertidas***", de minha autoria, foi publicado em 1999, pela Ed. Saraiva.

Esgotada há anos a edição, agora resolvi submetê-la ao processo de digitalização, para disponibilizá-la gratuitamente aos estudiosos do Direito, exatamente como foi publicada em 1999.

Dita digitalização está sujeita às falhas próprias do processo (uma vez que não foi feita revisão da digitalização). Assim, para uma citação mais confiável do trabalho, recomenda-se diretamente a edição impressa em 1999, existente nas bibliotecas especializadas.

Os interessados em artigos e obras atuais do autor obterão mais informações a respeito em seu *site* da Internet: **www.mazzilli.com.br**

QUESTÕES CRIMINAIS CONTROVERTIDAS

HUGO NIGRO MAZZILLI

QUESTÕES CRIMINAIS CONTROVERTIDAS

1999

Editora Saraiva

TRABALHOS PUBLICADOS

PRINCIPAIS LIVROS DO AUTOR

NA ÁREA JURÍDICA

1. O promotor de Justiça e o atendimento ao público. São Paulo, Saraiva, 1985, 176 p.

2. *Manual do promotor de Justiça*. 1. ed. 1987, 408 p., encad.; 2. ed. 1990, 664 p., encad.; 2. tir. 1991, encad.; 3. tir. 1992, encad. São Paulo, Saraiva.

3. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*. 1. ed. 1988, 152 p.; 2. ed. 1990, 232 p.; 3. ed. 1991, 266 p.; 4. ed. 1992, 310 p.; 5. ed. 1993, 360 p.; 6. ed. 1994, 408 p. São Paulo, Revista dos Tribunais; 7. ed. 1995, 670 p.; 8. ed. 1996, 630 p.; 9. ed. 1997, 240 p.; 10. ed. 1998, 248 p.; 11. ed. 1999, 408 p., São Paulo, Saraiva.

4. *Curadoria de ausentes e incapazes*. São Paulo, APMP, 1988, 122 p.

5. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. 1. tir. 1989, 192 p.; 2. tir. 1990; 3. tir. 1991, São Paulo, Saraiva.

6. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 1. ed. 1989, 56 p.; 2. ed. 1993, 80 p. Porto Alegre, Associação do Ministério Público e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; 3. ed. 1998, 230 p., São Paulo, Saraiva.

7. Funções institucionais do Ministério Público. São Paulo, APMP, 1992, 94 p.

8. *Regime jurídico do Ministério Público;* análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, 290 p.; 2. ed. 1995, 502 p.; 3. ed. 1996, 502 p. São Paulo, Saraiva.

9. *Introdução ao Ministério Público*. 1. ed. 1997, 206 p.; 2. ed. 1998, 220 p., São Paulo, Saraiva.

10. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo, Saraiva, 1999, 456 p.

11. *Questões criminais controvertidas*. São Paulo, Saraiva, 1999, 840 p.

NA ÁREA DA INFORMÁTICA

1. *Manual elementar do microcomputador PC*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, 100 p.

2. Introdução ao microcomputador PC e ao processamento de textos — MS Word 5 e Volkswriter 2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, 200 p.

EM COLABORAÇÃO COM OUTROS AUTORES

1. *Ministério Público: Direitos civis, sociais e políticos — uma prática*. Coleção Cidadania, Departamento de Assuntos Educativos da Organização dos Estados Americanos — OEA, e pela Universidade Federal da Bahia — UFBA. Salvador, 1990.

2. Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei 8.069/90 — Estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro, Renovar, 1991.

3. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado — comentários jurídicos e sociais. São Paulo, Ed. Malheiros, 1992.

4. *Justiça penal — crimes hediondos, erro em direito penal e juizados especiais*. Centro de Extensão Universitária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

5. *Formação jurídica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

6. *Conheça o MP*. Recife, OSCAMP, 1996.

7. *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. Coleção Advocacia Pública & Sociedade. São Paulo, Max Limonad, 1997.

8. Ministério Público — instituição e processo. São Paulo, Atlas, 1997.

ARTIGOS

Tem inúmeros artigos publicados, especialmente: a) no jornal O Estado de S. Paulo (SP); b) no jornal Folha de S. Paulo (SP); c) na Revista dos Tribunais (SP); d) na Revista Forense (RJ); e) na Revista de Direito Público (SP); f) na Revista Jurídica (RS); g) na revista Justitia (SP); h) na revista Doutrina (RJ); i) no Livro de Estudos Jurídicos (RJ); j) na Revista de Direito Imobiliário (SP); l) na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (SP); m) na Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (RS); n) na revista Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo (SP); o) na Revista de Processo (SP); p) na Revista da Procuradoria-Geral da República (SP); q) na Revista Literária de Direito (SP); r) na Revista APMP (SP); s) no Jornal Síntese (RS); t) na Revista de Informação Legislativa (Senado Federal, DF).

TESES APRESENTADAS

Reforma judiciária e persecução penal — papel do Ministério Público, co-autor, IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, *Justitia*, *95*:263 (1976).

O Ministério Público no processo penal — postura institucional e hierarquia, autor, IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, *Justitia*, *95*:245 (1976).

Processos contravencionais e sumários e a titularidade do Ministério Público, autor, X Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, APMP, Biblioteca PGJ (1982).

Atendimento ao público, co-autor, XII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, APMP, Biblioteca PGJ (1984).

O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição, co-autor, VI Congresso Nacional do Ministério Público, *Justitia*, *131*:443 (1985).

O princípio da titularidade da ação penal, autor, Semana de Estudos sobre a Justiça Criminal, PGJ/APMP, fev. 1987.

O Ministério Público e o "habeas-corpus", autor, Semana de Estudos sobre a Justiça Criminal, PGJ/APMP, fev. 1987.

A Carta de Curitiba e a Constituinte, autor, VII Congresso Nacional do Ministério Público, AMMP/Conamp, abr. 1987.

O Ministério Público nos Tribunais de Contas, autor, XVII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, APMP, Biblioteca PGJ (1989).

Garantias constitucionais do Ministério Público, autor, IX Congresso Nacional do Ministério Público, Associação do Ministério Público do Estado de Bahia, set. 1992.

BREVE CURRÍCULO DO AUTOR

Hugo Nigro Mazzilli bacharelou-se com distinção pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Faculdade do Largo de São Francisco — Turma de 1972).

Iniciou sua vida profissional em 1969, como estagiário no escritório do Professor Oscar Barreto Filho, com quem trabalhou, como advogado, até 1973.

Distinguindo-se na classificação do concurso de ingresso, foi nomeado Promotor Público Substituto em 1973. Com longa vivência nas comarcas do interior do Estado e na Capital, e depois de ter sido assessor de diversos Procuradores-Gerais de Justiça, veio a ser promovido por merecimento para o último cargo da carreira, tornando-se Procurador de Justiça em 1992, cargo que exerceu até 1998, quando de sua aposentadoria.

Membro atuante dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, proferiu inúmeras palestras em todos os Grupos: "Carlos Siqueira Netto" (Capital — do qual foi Coordenador), "Campos Salles" (Campinas), "Ibrahim Nobre" (São Vicente), "Aluísio Arruda" (Ribeirão Preto), "Pedro Jorge de Mello e Silva" (Mococa), "Ronaldo Porto Macedo" (Presidente Prudente), "César Salgado" (São José dos Campos, Taubaté e Guaratinguetá), da Média Sorocabana (Ourinhos), "João Baptista de Santana" (Marília), "Luiz Gonzaga Machado" (Itu), "João Se-

verino de Oliveira Peres" (Araçatuba), "Amaro Alves de Almeida Filho" (Santo André), "João Baptista de Arruda Sampaio" (Moji das Cruzes), "Magalhães Noronha" (Araraquara) e no Grupo "Mário de Moura Albuquerque" (Bauru), quando, ainda substituto (1976), teve a primazia de defender a inafastabilidade do promotor das suas funções legais (*RT*, *494*:269).

Apresentou inúmeras Teses em Seminários e Congressos; é autor de diversos livros e artigos jurídicos. Recebeu o primeiro prêmio do *Melhor Arrazoado Forense* (APMP — 1988).

Participou de diversas Comissões instituídas pelo Ministério Público paulista (*v.g.*, Comissão de Estudos sobre o Projeto de Código de Processo Penal — 1983; Comissão de Estudos Constitucionais — desde 1983; Comissão de Assessoramento à Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente — 1985; Comissão de Estudos sobre o Projeto de Lei que modifica o Código de Processo Civil — 1985; Comissão que elaborou o Anteprojeto da *Carta de Curitiba* — 1986; Comissão de Estudos sobre a Justiça Criminal — 1987; Grupo de Trabalho sobre a Reorganização Administrativa do Ministério Público de São Paulo — 1991; Comissão de Estudos sobre as Reformas Constitucionais da Administração e da Previdência — desde 1998).

Acompanhou ativamente os trabalhos constituintes, especialmente no que diz respeito à instituição a que pertenceu, bem como a tramitação dos projetos referentes às Leis n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.625/93 (a atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Foi Presidente da Associação Paulista do Ministério Público (1990). Integrou o órgão especial do Colégio de Procuradores (1993) e o Conselho Superior do Ministério Público, eleito pela classe (1994-1995).

Desde 1996, faz parte do corpo docente da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

NOTA DO AUTOR

Nestas três últimas décadas, atuamos intensamente em todas as áreas do Ministério Público paulista, percorrendo todos os degraus da carreira. Passamos detidamente pelo interior e pela Capital; oficiamos junto às Varas Criminais, ao Tribunal de Alçada Criminal e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foi natural que, com o passar dos anos, fôssemos aos poucos recolhendo as experiências dos casos mais complexos ou controvertidos com que nos deparamos, dentre todos aqueles que passaram sob nossas vistas.

Detendo, pois, significativo banco de dados pessoal, sempre à mão em nosso dia-a-dia forense, percebemos a utilidade que poderia representar se dele extraíssemos matéria para um livro de consulta que contivesse o registro de tudo quanto de especial coligimos ao longo desses anos. Dando preferência aos assuntos mais polêmicos e interessantes da área criminal, permeamos o trabalho com as necessárias indicações doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes.

Fruto desse trabalho, *Questões Criminais Controvertidas* consubstancia a consulta, paciente e disciplinada, de milhares de leis, pareceres, sentenças, acórdãos, livros e artigos jurídicos.

Procuramos apresentar o resultado final sob a mesma forma com que o banco de dados nos servia diariamente: com os ver-

betes indicados sob ordem alfabética, agrupados conforme o tema pelo qual as matérias são mais conhecidas. Em suma, alguns assuntos são referidos pelo número do artigo de lei onde são disciplinados, enquanto outros, pelo *nomen juris* do próprio instituto. A ligação entre as matérias, quando exista, é indicada na abertura de cada verbete, com freqüentes referências cruzadas que facilitam a localização dos temas e permitem a ampliação do âmbito das investigações.

Dois índices asseguram a localização dos assuntos: o primeiro — *o índice sistemático* — aponta os verbetes pela ordem em que aparecem no livro; o segundo — *o índice alfabético-remissivo* — possibilita a localização imediata de todos os verbetes e assuntos correlatos, tendo sido minuciosa e cuidadosamente elaborado por meio de processo informatizado.

Destina-se o livro à família forense — Advogados, Juízes e membros do Ministério Público que atuem na área criminal.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AC — apelação cível
ADIn — ação direta de inconstitucionalidade
AgEx — agravo em execução
AgREsp — agravo em recurso especial
AgRg — agravo regimental
AgRgAgI — agravo regimental em agravo de instrumento
AgRgInq — agravo regimental em inquérito
al. — *alii*
AMPRS — Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul
Ap. — apelação
APMP — Associação Paulista do Ministério Público

art. — artigo
Câm. — Câmara
CAOPJC — Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais
Cap. — Capítulo
CC — Código Civil
c.c. — combinado com
CComp — conflito de competência
CDC — Código de Defesa do Consumidor
CEAF — Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
CF — Constituição Federal
cf. — conferir
cit. — citado
CLT — Consolidação das Leis do Trabalho
Cód. — Código
Compl. — Complementar
Cor. Par. — correição parcial
CP — Código Penal
CPC — Código de Processo Civil
CPI — Código de Propriedade Industrial
CPP — Código de Processo Penal
CR — Constituição da República de 1988
Cr. — criminal

CTB — Código de Trânsito Brasileiro
Dec. — Decreto
Dec.-Lei — Decreto-Lei
Des. — Desembargador
DOE — Diário Oficial do Estado de São Paulo
DOU — Diário Oficial da União
ECA — Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed. — Editora
ed. — edição
Emb. Infr. — Embargos infringentes
EOAB — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
ESMP — Escola Superior do Ministério Público
Gr. — Grupo
HC — *habeas-corpus*
id. ib. — *idem, ibidem*
j. — julgado
JSTF — *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (Lex)
JSTJ — *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais (Lex)*
JTACivSP — *Julgados/Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo* (Lex)
JTACrimSP — *Julgados/Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo* (Lex)

JTJ — *Julgados/Jurisprudência do Tribunal de Justiça* (Lex)
LC — Lei Complementar
LCP — Lei de Contravenções Penais
LF — Lei de Falências
LI — Lei de Imprensa
Liv. — Livro
LJECC — Lei dos Juizados Especiais Civis e Criminais
LT — Lei de Tóxicos
Min. — Ministro
MP — Ministério Público
MS — mandado de segurança
m.v. — maioria de votos
n. — número
OAB — Ordem dos Advogados do Brasil
p. — página
PGJ — Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo
Port. — Portaria
Proc. — processo
Pt. — protocolado
pub. — publicado
RBCC — *Revista Brasileira de Ciências Criminais*
RCrim. — recurso criminal

RE — recurso extraordinário

Recr. — recurso extraordinário criminal

rel. — relator

REsp — recurso especial

RF — *Revista Forense*

RHC — Recurso em *habeas-corpus*

RJDTACrim — *Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

RJTJRS — *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*

RJTJSP — *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*

RSTJ — *Revista do Superior Tribunal de Justiça*

RT — *Revista dos Tribunais*

RTJ — *Revista Trimestral de Jurisprudência*

s.d.p. — sem data de publicação

seç. — seção

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

Súm. — Súmula

T. — turma

t. — tomo

TACrim — Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

tb. — também

Tít. — Título
TJRS — Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP — Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF — Tribunal Regional Federal
últ. — último
v. — volume
v. — *vide*
v.g. — *verbi gratia*
v.u. — votação unânime

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Aborto

1. Aborto — quando não é punido

Em decorrência do que dispõe o art. 128 do Cód. Penal, não será punido o aborto — que melhor seria chamado de abortamento —, se vier a ser praticado por médico nestas hipóteses: *a)* quando não haja outro meio para salvar a vida da gestante (*abortamento necessário*); *b)* quando a gravidez resulte de estupro e a intervenção médica seja precedida de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (*abortamento sentimental*).

Nas hipóteses em que o abortamento é admitido pela lei, controverte-se sobre as cautelas que devem ter para sua realização o médico e a gestante, ou seu representante legal. Chegam alguns a defender a necessidade de prévia obtenção de alvará judicial. Entretanto, a posição mais correta da jurisprudência e da doutrina é a de que é dispensável tal exigência, que não é imposta pela lei. Ora, se a própria lei autoriza o abortamento desde que ocorram as hipóteses acima indicadas, não haverá falar na ocorrência do crime, mesmo sem prévio alvará judicial, desde que os pressupostos fáticos que legitimem a intervenção médica possam ser provados a qualquer tempo, mesmo *a posteriori*, pelos meios admitidos em Direito.

Quanto ao *abortamento necessário*, a exigência de prévio laudo médico não tem amparo em lei. Realmente, trata-se de modalidade do estado de necessidade. Assim, se realmente for preciso efetuar o abortamento para salvar a vida da gestante, qualquer médico pode fazê-lo, da rede municipal ou não, particular ou não, em hospital ou não, com ou sem laudo. O mais será

apenas questão de prova para o posterior reconhecimento do estado de necessidade.

Quanto ao *abortamento sentimental*, que a doutrina e a jurisprudência têm estendido também para a gravidez resultante de atentado violento ao pudor, em tese a mera existência de um boletim de ocorrência ou de um laudo de peritos oficiais não seria suficiente para legitimar, por si só, sua realização. Ademais, se o laudo for inconclusivo, nem por isso uma comissão multiprofissional poderia "atestar a legalidade" do abortamento, como se tivesse função jurisdicional, nem mesmo "autorizar sua realização".

A solução que a doutrina e a jurisprudência apontam para os casos de abortamento legal consiste apenas em precedê-lo das cautelas exigíveis caso a caso. Exemplificativamente, o médico, se possível, deve ouvir ou até conferenciar com seus colegas a respeito do caso, além de documentar-se previamente sobre as evidências encontradas e a presença das circunstâncias que legitimariam sua iniciativa; já no caso de abortamento sentimental, é de boa cautela que ouça as próprias autoridades que estejam oficiando no processo crime contra o autor do estupro.

Em síntese, as hipóteses têm que ser resolvidas caso a caso, pois a verificação da ocorrência de abortamento legal é *questão de fato*, só aferível em concreto, matéria na qual só à lei federal compete indicar os parâmetros. A existência ou não de estado de necessidade é matéria que não pode ser disciplinada por atos administrativos ou alvarás judiciais, porque é questão de fato, muitas vezes de apreciação imediata do médico que assiste a gestante, muitas vezes fruto de decisão tomada sob caráter de emergência. Igualmente a existência ou não de crime de estupro, pressuposto legal para uma das formas de abortamento, é matéria que não pode ser disciplinada por portarias ou atos administrativos, pois, no campo jurídico, a disciplina do que é estupro e de quando o abortamento é lícito só pode advir da lei penal federal. Assim, no campo fático, o médico deve tomar os cuidados cabíveis no caso concreto para realizar a operação, para,

em qualquer hipótese, ficar resguardado e ter prova de sua boa-fé. Se fizer um abortamento em gestante com menos de 14 anos, por exemplo, a própria idade da vítima já será prova cabal de que foi ela estuprada, diante da presunção legal de violência (CP, arts. 213 e 24, *a*).

Assim, em si não será a expedição de alvarás ou portarias administrativas que irá eliminar a possibilidade de alguém ser processado pela prática de abortamento criminoso. A nosso ver, a realização do abortamento legal é decisão a ser tomada em conjunto pelo médico, pela gestante ou, se incapaz, por seus responsáveis legais, com as cautelas cabíveis apuráveis em cada caso concreto; de qualquer forma, responderão todos os envolvidos pelos eventuais abusos que cometam.

Absolvição – fundamento

2. Absolvição — fundamento — *v.*

Art. 386 do CPP, p. 349.

Art. 599 do CPP, p. 377.

Recursos, p. 722.

Sentença – motivação, p. 755.

3. Absolvição — a dúvida na absolvição — *v.* tb.

Art. 156 do CPP, p. 201.

Dúvida, p. 487.

"A *verossimilhança*, por maior que seja, não é jamais a *verdade* ou a *certeza*, e somente esta autoriza uma sentença condenatória. Condenar um *possível* delinqüente é condenar um *possível* inocente" (HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. V, n. 13, p. 65, ed. Forense, 1958).

Se precárias as provas, torna-se possível a condenação de um eventual inocente, algo ainda mais reprovável e perturba-

dor da consciência social do que o próprio delito que se busca reprimir.

4. Absolvição — apelação para mudar o fundamento da absolvição — *v.*

Sentença – motivação, p. 755.

5. Absolvição — apelação para mudar o fundamento da absolvição — conhecimento do recurso — falta de provas *versus* inexistência do fato

Em que pesem respeitáveis entendimentos em contrário, em alguns casos deve-se conhecer o apelo interposto pelo réu para mudar o fundamento da absolvição. Com efeito, embora já absolvido, tem o réu interesse jurídico em obter uma decisão de mérito que reconheça ter inexistido o fato a ele imputado, em vez de apenas não ter ficado provada a imputação (*RT*, *619*:280, *588*:323, *526*:325, *484*:311; *JTACrim*, *98*:268; MIRABETE, *Código de Processo Penal interpretado*, ed. Atlas, 1997, notas ao art. 386). Afinal, como anotou ESPÍNOLA, “interessa grandemente conhecer o motivo exato, por que o réu é absolvido, pois, no juízo cível, pode ser ele chamado à responsabilidade da reparação do dano, de que não se isentará se autor de um delito ou quase-delito civil, embora não tenha o seu ato, ou omissão, revestido o caráter de infração penal; e, embora irresponsável criminalmente, não fica excluída a responsabilidade civil, como não fica, sempre, eliminada a sua obrigação de reparar o dano causado por um crime, que, em face da lei penal, se considera justificado” (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, art. 386, n. 765).

O apelo só não comportaria conhecimento se o réu, já absolvido por falta de provas para a condenação, recorresse para mudar o fundamento da absolvição para outra modalidade em que o *non liquet* também se fundasse em falta de provas. Assim, não se deveria conhecer o apelo que visasse a mudar a falta de provas para a condenação (art. 386, VI, do CPP), para inexistência da prova da existência do fato (art. 386, II, do CPP), ou para

a falta de provas de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, IV, do CPP), pois todas essas hipóteses consistem, juridicamente, em falta de prova, e uma sentença penal, com fundamento numa ou noutra dessas teses, não produziria qualquer reflexo jurídico na esfera penal, civil ou administrativa (*RT*, *672*:317).

No caso, porém, em que o réu queira seja reconhecido que o fato que praticou *não constitui ilícito penal*, não se lhe pode negar o interesse de recorrer.

6. Absolvição — apelação para mudar o fundamento da absolvição — não-conhecimento do recurso — troca de uma tese de falta de provas por outra tese no mesmo teor

Não é caso de conhecer o apelo do réu, por falta de interesse processual na reforma do julgado, quando pretenda trocar uma tese absolutória por falta de provas, por outra tese absolutória que também se baseie em falta de provas.

Suponhamos queira a defesa sustentar que o caso era mesmo de absolvição, mas não por falta de provas (art. 368, VI, do CPP), e sim por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, IV, do CPP).

Em que pesem respeitáveis entendimentos em contrário, admitimos possa em tese ter o réu interesse na reforma do fundamento da absolvição. Sem dúvida, casos há em que pode ter interesse processual legítimo em obter a reforma do fundamento da absolvição. Assim, se a sentença se limita a dizer que não há provas para a condenação, pode o réu pretender, em sede recursal, seja reconhecido: *a)* não ter existido o fato; *b)* não ser ele o seu autor; *c)* embora tendo havido o fato e posto seja ele seu autor, não ter o réu agido com dolo ou culpa, ou ter agido sob alguma excludente. Nestes casos, acertadamente a jurisprudência tem conhecido o apelo do réu que vise a mudar o fundamento da absolvição (*RT*, *619*:280, *588*:323, *526*:325, *484*:311; *JTACrim*, *98*:268). E isso porque, *não tendo havido o fato, ou não sendo o réu o autor*, *ou não tendo o réu agido com dolo ou culpa*, a sentença pe-

nal poderá ter repercussões até mesmo na área cível, o que não ocorreria se a sentença penal se limitasse a afirmar *não haver provas para a condenação.*

Entretanto, se nenhuma desses hipóteses informa o objeto do apelo interposto, não será caso de conhecer do recurso, como quando queira a defesa seja trocada pelo tribunal uma tese de absolvição por falta de provas, por outra tese de absolvição *também por falta de provas* (*v.g.*, art. 386, II, IV e VI, do CPP).

No caso em análise, não terá o réu interesse processual na modificação do *decisum*. E isso porque a decisão recorrida não logrou encontrar provas para afirmar sua responsabilidade penal; assim, em nada lhe aproveitaria trocar uma tese por outra se ambas estão igualmente baseadas na insuficiência probatória, como é aquela de não haver provas de ter o réu concorrido para a infração penal — como em precedente semelhante já afirmou o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (*RT*, *672*:317).

Embora haja um direito abstrato ao duplo grau de jurisdição, em concreto só quem tem legitimidade e interesse pode recorrer e pedir seja modificada a tutela jurisdicional já concedida.

7. Absolvição — apelação para mudar o fundamento da absolvição — não-conhecimento — negativa de autoria *versus* ausência de culpabilidade

Como vimos nos verbetes acima, em alguns casos é possível admitir possa em tese ter o réu interesse na reforma do fundamento da absolvição.

Suponhamos, porém, que a sentença afirme *não ser o réu o autor do fato criminoso*, e apele o réu visando a ver reconhecido que *foi ele o autor do fato, mas agiu sem culpa*.

Nesse caso, não terá o réu interesse processual na modificação do *decisum*. E isso porque a decisão recorrida já lhe foi inteiramente favorável ao negar ser ele o autor do fato; assim, não tem interesse processual na reforma de julgado do qual não lhe advém forma alguma de sucumbência nem mesmo indireta.

8. Absolvição — apelação para obter inépcia da denúncia *versus* absolvição

Não deverá ser conhecido recurso da defesa que busque mudar o fundamento do *decisum*, que foi de absolvição, para o de inépcia da denúncia.

Embora seja possível, em alguns casos, admitir o recurso para *mudar o fundamento da absolvição*, casos há em que lhe faltará interesse processual para isso.

Suponhamos seja o réu absolvido por falta de provas, e seu apelo vise não a mudar o fundamento da absolvição, mas a obter a declaração de inépcia da denúncia. Ora, eventual acolhimento do recurso da defesa teria o efeito de permitir que outra denúncia pudesse ser oferecida, e não haveria interesse recursal em conseguir o acolhimento de uma tese mais prejudicial ao recorrente. Não se há de conhecer, por falta de interesse processual, o recurso que vise ao reconhecimento da falta de um pressuposto processual, que pode posteriormente ser suprido, quando no mérito ao recorrente já deu razão a sentença atacada.

Poder-se-ia objetar que, em caso de eventualmente o Tribunal *ad quem* entender descabida a absolvição por falta de provas, no acolhimento de eventual recurso da acusação, aí avultaria a conveniência da defesa em que fosse admitida a eventual inépcia da peça inicial. Sim, mas para tanto bastaria que a defesa argüísse em preliminar de contra-razões sua objeção da inépcia, que, como pressuposto processual, teria mesmo de ser enfrentada pelo Tribunal. O que não nos parece cabível é conhecer de um recurso da defesa que vise apenas a discutir a inépcia da denúncia, em relação a um réu que já foi absolvido, e contra cuja sentença não houve inconformidade da acusação.

Abuso de autoridade

9. Abuso de autoridade — *v.*

Lei n. 4.898/65, p. 559.

Ação penal privada

10. Ação penal privada — ação pública condicionada — *v.*

Art. 39 do CPP, p. 100.

Art. 45 do CPP, p. 117.

Crimes contra a honra, p. 448.

Estupro, p. 503.

Perempção, p. 688.

Queixa – requisitos, p. 721.

Representação, p. 735.

11. Ação penal privada — papel do Ministério Público — aditamento da queixa — *v.* tb.

Queixa, p. 721.

Em matéria de ação penal pública, é o Ministério Público o titular privativo da pretensão punitiva estatal; e na ação penal privada, atua como fiscal da lei. Assim, a possibilidade que lhe confere o art. 45 do Cód. de Processo Penal de aditar a queixa deve ser vista *cum grano salis*, pois tal faculdade diz respeito a correções técnicas, como aquelas atinentes à correta capitulação do delito, ou ao rito, ou à descrição do fato, *mas não se pode entender possa o Ministério Público fazer nova imputação* ou *incluir novos réus*, sob pena de estar violando o princípio da titularidade da ação, que, na ação privada, a lei tornou privativa do ofendido (nesse sentido, *v.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 48; MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 32).

Como conseqüência lógica, na ação penal privada o Ministério Público exerce a função de *custos legis*, zelando pelo correto exercício do *ius puniendi* estatal e velando pelo devido processo legal. Por esse motivo, corretamente têm nossas Cortes entendido que, se não cabe a titularidade da ação penal ao re-

presentante do Ministério Público, também lhe é defeso apelar da sentença, direito que só assiste ao querelante, e está implícito no próprio direito de ação que a este cabe (*RT*, *556*:318).

12. Ação penal privada — honorários — papel do Ministério Público — *v.* tb.

Honorários advocatícios – OAB, p. 527.

Já nos deparamos com hipótese em que, numa ação penal privada, a defesa apelara da sentença absolutória apenas para colocar em discussão, em segundo grau, o valor da verba honorária devida em razão da sucumbência.

Atento aos limites da atuação do Ministério Público na ação penal privada, e observados os limites em que colocado o apelo destes autos, a matéria então em discussão passara a ser apenas de ser ou não devida verba de sucumbência, verba esta que não tem caráter penal. Como essa questão não diz respeito, nem indiretamente, ao exercício do *ius puniendi* estatal, trata-se de questão disponível que diz respeito a partes maiores e capazes, sobre cujo deslinde nada tem o Ministério Público a dizer.

De qualquer forma, a rigor seria caso de não-conhecimento do recurso, pois o direito a honorários, na falta de estipulação em contrário, seria direito autônomo do advogado (art. 23 da Lei n. 8.906/94). Assim, faltaria à parte em cujo nome foi interposto o recurso o necessário interesse processual (nesse sentido, Rec. Sent. Estr. n. 1.079.747-6 – S. Paulo, TACrim, 3ª Câm., v.u., j. 18-11-97, rel. Fábio Gouvea).

Como quem recorreu não sucumbiu, faltava lesividade e interesse para que o recorrente pleiteasse um benefício que é direito autônomo de seu advogado e não do próprio recorrente.

13. Ação penal privada — verba honorária — momento da fixação

Há controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito de serem ou não devidos honorários advocatícios em vista de

sucumbência na ação privada (*v.g.*, no sentido positivo: *RTJ*, *96*:825; *RT*, *560*:336; *RF*, *274*:268; no sentido negativo: *JTACrim*, *19*:214; *RT*, *588*:345).

Desde que se repute devida a verba honorária, deve ser fixada na própria sentença, por analogia ao art. 804 do Cód. de Processo Penal.

14. Ação penal privada — verba honorária — valor — *v.* tb.

Honorários advocatícios – OAB, p. 527.

A verba honorária nas ações privadas é preconizada por DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código de Processo Penal anotado*, arts. 30 e 804), com apoio em jurisprudência do STF (*RTJ*, *96*:825).

Temos visto em alguns casos ser a verba honorária fixada em valores reais superiores aos da multa penal.

Posto em tese possa não ser imoderada a fixação da verba honorária, quando devida, principalmente à vista da tabela recomendada pelo órgão de disciplina e defesa da classe dos Advogados, não deixa de causar espécie seja a cominação acessória superior à própria sanção principal, fim último do processo penal.

Para não desacreditar a sanção penal, transformando o acessório em sanção mais gravosa que o objeto principal do processo penal, sempre que possível não deve a verba honorária ultrapassar o valor da sanção pecuniária de caráter penal.

Advogado

15. Advogado — *v.*

Ação privada (honorários), p. 41 e s.

Advogado – imprescindibilidade, p. 45.

Art. 265 do CPP, p. 293.

Art. 321 do CP (advocacia administrativa), p. 317.

Contraditório, p. 428.

Depoimento – Advogado, p. 482.

Honorários advocatícios – OAB, p. 527.

Lei n. 7.891/89 (prazo do advogado dativo), p. 568.

Verba honorária na ação privada, p. 42.

16. Advogado — Lei n. 8.906/94 — Estatuto da OAB — imunidade penal do Advogado — *v.* tb.

Art. 133 da CF, p. 172.

Inviolabilidade do membro do Ministério Público, p. 538.

A Constituição assegura ser o advogado indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei (art. 133). Por sua vez, o Estatuto da OAB reafirma essa inviolabilidade (Lei n. 8.906/94, art. 7º, § 2º)[1].

Entretanto, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, esses dispositivos têm alcance limitado, pois não conferem imunidade plena ao advogado e sim o sujeitam a responder nos termos da lei pelos eventuais abusos que cometa, inclusive na esfera penal (*JSTF*, *151*:280). Assim, "a inviolabilidade do advogado, referida no art. 133 da Constituição, que o protege, no exercício da profissão, por seus atos e manifestações, encontra limites na lei" (*RHC* n. 69.619-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T, j. 8-6-93, *DJU*, 20-8-93, j. 16.319; *HC* n. 69.366-SC, rel. Min. Néri da Silveira, j. 19-5-92, 2ª T., *DJU*, 12-3-93, p. 3.560). Ou mais: "a garantia de intangibilidade profissional do advogado não se reveste, contudo, de valor absoluto, eis que a

---

1. Está suspensa a vigência da parte final do § 2º do art. 7º da Lei n. 8.906/94, no que diz respeito ao desacato, nos termos de liminar concedida na ADIn n. 1.127-8-DF-STF. Assim dispõe referido dispositivo legal: "o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer".

cláusula assecuratória dessa especial prerrogativa jurídico-constitucional expressamente a submete aos limites da lei" (*HC* n. 69.085-RJ, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 26-3-93, p. 5.003, j. 2-6-92, 1ª T.).

Assim, "a inviolabilidade de que trata o art. 133 da Carta Magna, aludindo ao advogado na prática de seus atos e manifestações do exercício do mandato, não o protege fora dos limites da lei. Não tem ela o alcance de imunidade judiciária, de modo absoluto, a isentá-lo pelos excessos de seu comportamento em juízo, ao produzir atos considerados caluniosos, difamatórios ou injuriosos" (*RT*, *691*:368), pois, "se o advogado é inviolável por seu atos, quando no exercício de sua profissão, toda e qualquer pessoa é inviolável em sua honra" (art. 5º, X, da CF)" (*RT*, *652*:289).

No debate da causa, a imunidade penal do advogado, quando ocorra, não dispensa a pertinência com o *thema decidendum* (*RT*, *610*:426), nem o forra de responsabilidade penal em caso de efetivas ofensas à honra do Juiz (*RTJ*, *126*:628, *121*:157) ou do membro do Ministério Público (*HC* n. 86.170-DF, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 16-10-90, STF, Pleno, v.u., *DJU*. 10-5-91, p. 5.930, *RTJ*, *134*:756).

17. Advogado — meras expressões descorteses — *v.* tb.

Advogado, p. 42.

Inviolabilidade do membro do Ministério Público, p. 538.

A mera vivacidade na linguagem forense, que às vezes é mais dura para ser mais convincente, desde que não ultrapasse limites aceitáveis de crítica, não pode ser considerada como ofensa à honra entre as partes e seus procuradores, ainda que o criticado seja o próprio Juiz do processo. A energia ou o vigor na crítica, ainda que sejam por demais intensos e possam ser tidos como excessivamente fortes ou fruto de estilo menos recomendável, desde que não resvalem para a ofensa gratuita, não podem ensejar a responsabilidade criminal dos atores que oficiam

na relação processual, sob pena de cercear-se-lhes indevidamente o mister, que pressupõe grande liberdade de exercício de crítica, desde que responsável e exercida dentro de padrões éticos mínimos, socialmente aceitáveis.

Assim, "expressões deselegantes e descorteses utilizadas nos autos, por advogado contra juiz, mas que não atingiram a sua honra, não configuram, sequer em tese, o delito de injúria" (*RT*, *506*:371; no mesmo sentido, Ap. 851.527-0-TACrim).

18. Advogado — renúncia do mandato *versus* abandono da causa — *v.*

Art. 265 do CPP, p. 293.

19. Advogado — art. 133 da CF — imprescindibilidade da atuação — *v.* tb.

Advogado, p. 42.

Art. 133 da CF, p. 172.

Contraditório, p. 428.

Como decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, "a presença do Advogado no processo constitui fator inequívoco de observância e respeito às liberdades públicas e aos direitos constitucionalmente assegurados às pessoas. É ele instrumento poderoso de concretização das garantias instituídas pela ordem jurídica. O processo representa, em sua expressão formal, a garantia instrumental das garantias. Daí a importância irrecusável do advogado no dar concreção ao direito de ação e ao direito de defesa, que derivam, como postulados inafastáveis que são, do princípio assecuratório do acesso ao Poder Judiciário. A indispensabilidade da intervenção do Advogado traduz princípio de índole constitucional, cujo valor político-jurídico, no entanto, não é absoluto em si mesmo. Este postulado — inscrito no art. 133 da nova Constituição do Brasil — acha-se condicionado, em seu alcance e conteúdo, pelos limites impostos pela lei, consoante estabelecido pelo próprio ordenamento constitucional".

Assim, "com o advento da Lei Fundamental, operou-se, nesse tema, a constitucionalização de um princípio já anteriormente consagrado na legislação ordinária, sem a correspondente alteração do significado ou do sentido de seu conteúdo intrínseco. Registrou-se, apenas, uma diferença qualitativa entre o *princípio da essencialidade da Advocacia*, anteriormente consagrado em lei, e o *princípio da imprescindibilidade do Advogado*, agora proclamado em sede constitucional, onde intensificou-se a defesa contra a hipótese de sua revogação mediante simples deliberação legislativa. A constitucionalização desse princípio não modificou a sua noção, não ampliou o seu alcance e nem tornou compulsória a intervenção do Advogado em *todos* os processos. Legítima, pois, a outorga *por lei*, em hipóteses excepcionais, do *ius postulandi* a qualquer pessoa, como já ocorre na ação penal de *habeas-corpus*, ou ao próprio condenado — sem referir outros — como se verifica na ação de revisão criminal" (*RTJ*, *146*:49, Rev. Cr. n. 4.886-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 29-3-90, m.v., STF Pleno, *DJU*, 23-4-93, p. 6.919).

Agravo em execução

20. Agravo em execução — *v.*

Fungibilidade recursal, p. 516.

Recursos, p. 722.

21. Agravo em execução — rito

Lei feita às pressas e com vigência iniciada sem um cuidado maior, a reforma penal de 1984 causou embaraços, entre os quais a questão do processamento do agravo do art. 197 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84)

Trata-se de recurso que pode ser interposto contra as decisões judiciais no processo de execução penal, que não tem efeito suspensivo, salvo quando o ato recorrido determine a desinternação ou a liberação de quem cumpre medida de segurança (LEP, art. 179).

À falta de uma disciplina específica do processamento do agravo penal, é razoável o entendimento de que, em tese, possa ele subir nos próprios autos, desde que não prejudique o andamento da execução; caso contrário, subirá por instrumento, por analogia com o agravo do processo civil ou com o recurso em sentido estrito do processo penal. Esta última solução é conveniente, pois, enquanto o Tribunal julga o agravo, não se obsta ao juízo de primeiro grau apreciar os demais incidentes da execução, por falta de autos.

Os tribunais vêm entendendo que se aplica ao agravo em execução, subsidiariamente, o rito do recurso em sentido estrito, estabelecido no Cód. de Processo Penal (MIRABETE, *Processo penal*, n. 19.11, ed. Atlas, 1998). De fato, antes de fazer analogia com outro sistema codificado (CPC, art. 524, com as alterações da Lei n. 9.139/95), cabe ao intérprete buscá-la dentro do próprio sistema adjetivo penal (CPP, arts. 581 e s.).

Albergue

22. Albergue — prisão aberta — prisão albergue — *v.*

Prisão albergue, p. 706.

Ameaça

23. Ameaça — *v.*

Art. 147 do CP (ameaça), p. 179.

Art. 157 do CP (roubo), p. 204.

Art. 158 do CP (extorsão), p. 229.

Art. 331 do CP (necessidade de ânimo calmo), p. 328.

Antecedentes

24. Antecedentes — *v.*

Art. 63 do CP, p. 127.

Art. 67 do CP (menoridade e reincidência), p. 134.

Art. 83 do CP, p. 147.

Pena – fixação, p. 685.

Pena – individualização, p. 685.

Reincidência, p. 733.

25. Antecedentes — prescrição retroativa da ação penal

Como tem entendido o Supremo Tribunal Federal, "admite-se como evidência de maus antecedentes a sentença condenatória, ainda que tenha sido declarada extinta a punibilidade por força da prescrição retroativa. Precedente do STF" (*HC* n. 72.239-3-SP, 2ª T., v.u., rel. Francisco Rezek, j. 9-5-95, *DJU*, 22-9-95, p. 30.591; *Boletim do IBCCrim*, n. *35*:115; *HC* n. 76.939-MG, *Informativo STF*, 118).

26. Antecedentes — quantum do acréscimo

"Embora a lei não estabeleça o *quantum* do aumento pelas agravantes, a praxe judiciária tem consagrado a exacerbação de 1/6 para o agente que tem apenas uma condenação, e aumentos maiores para o multi-reincidente, a serem graduados proporcionalmente ao número de condenações noticiadas nos autos" (*RJDTACrim*, *30*:353).

"Em sede de aplicação da pena, o acréscimo à agravante da reincidência deve seguir uma escala crescente de 1/6, 1/5, 1/4 e assim por diante, considerando-se o número de condenações comprovadas por certidões cartorárias" (*RJDTACrim*, *17*:54).

27. Antecedentes — ter bons antecedentes não é não ter maus — *v.* tb.

Antecedentes — conceito — Posição do STF, p. 52.

É comum que nos autos fique claro que o réu tenha vários processos em andamento movidos contra ele, mas não cons-

te dos autos tenha neles sido condenado. Os tribunais têm entendido que *ter bons antecedentes significa ter comportamento que qualifica a pessoa na sociedade* (*RT*, *589*:445-STF), o que não se pode dizer esteja presente no caso de quem está sucessivamente envolvido na prática de crimes de gravidade (*RT*, *661*:279, *635*:387, *570*:347, *531*:364). Entretanto, a rigor, tal presunção *hominis* contraria a presunção constitucional de inocência, só elidível à vista de condenação passada em julgado (CF, art. 5º, LVII).

28. Antecedentes — não se confundem maus antecedentes e reincidência — nem o aumento da pena daí decorrente será um bis in idem em relação ao crime anterior

Não há *bis in idem* em considerar-se a reincidência como agravante, pois não se está punindo pela segunda vez o réu pelo crime anterior, e sim se está punindo mais gravemente o segundo crime praticado por quem não se ressocializou.

Com efeito, não é a pena do primeiro crime que é aumentada em vista da prática do segundo crime, mas sim a pena correspondente a esta última infração que é agravada, porque a reprimenda anterior não foi suficiente para remitir-se o comportamento anti-social do agente. Verificando-se que a sanção penal anterior não foi apta para os fins dissuasórios de prevenção especial a que se propõe a pena, no caso de cometimento de novo crime, é como se o legislador entendesse que a pena mínima para o reincidente deve ser fixada acima daquela que há de merecer um réu primário e de bons antecedentes.

Desta forma, a reincidência não faz com que o réu pague duas vezes pelo crime anterior, que já possa ter pago, e sim denota que as finalidades de prevenção geral e especial da pena anterior não surtiram efeito em relação ao réu, de forma que uma nova pena, mais rigorosa, se faz mister. Assim, a lei permite seja a reincidência levada em conta na agravação da pena, e a jurisprudência majoritária, inclusive dos mais altos

pretórios, também endossa esse entendimento (*Informativo STF*, n. 99 e 105; *JTACrim*, *92*:47).

29. Antecedentes — não se confundem maus antecedentes e reincidência — não há bis in idem em reconhecer as duas condições com base em fatos distintos

O princípio do *nec bis in idem* veda que se aumente a pena do réu em vista da reincidência e também em razão dos maus antecedentes, caso o mesmo crime anterior esteja sendo tomado como motivo para justificar ambos os aumentos. Entretanto, se o réu é reincidente, e, além disso, tem maus antecedentes fundados em fatos outros que não aquele que lhe impõe a pecha da recidiva, então deverá sofrer acréscimos à pena pelo novo crime, sem que nisso esteja sendo punido duas vezes pelos mesmos fatos.

Com efeito, para estabelecer a *pena-base*, entre outros fatores, a sentença expressamente deve considerar os antecedentes do réu; assim a deve fixar acima do mínimo legal. A essa pena, deve fazer um acréscimo, por considerar a reincidência.

Objetam alguns que, nesses casos, a recidiva estaria a ser duplamente considerada para o fim de agravar a pena do réu. Argumenta-se que a reincidência, *lato sensu*, também constitui antecedentes.

Entretanto, bem se distinguem *antecedentes* e *reincidência*. Uma pessoa, posto sem ser tecnicamente reincidente, poderia ter péssimos antecedentes, com inúmeras condenações definitivas anteriores (poderia ter recebido várias condenações transitadas em julgado, todas por crimes anteriores, mas nenhuma delas com trânsito em julgado antes do último crime pelo qual está sendo julgado), como, ao revés, poderia ser reincidente, posto tivesse praticado um único crime anterior. Com efeito, há o reincidente com vida pregressa sem outra mancha afora a recidiva, como existe aquele que, sobre ser reincidente, ostenta verdadeira coleção de incursões criminosas anteriores.

Em tese, não há, pois, o *bis in idem* em considerar reincidência e maus antecedentes para aumentar a pena. Quando a sentença fixa a pena-base, considera os maus antecedentes do réu que tenha várias condenações criminais com trânsito em julgado, afora as que lhe tenham valido o reconhecimento da recidiva. Está o julgador expressamente autorizado por lei a considerar tais circunstâncias como antecedentes aptos a influir na fixação da pena-base (CP, art. 59, *caput*). Mas, ao deparar-se, ademais, com a reincidência, causa distinta de agravação da pena, sem dúvida o Juiz terá de levá-la em conta de forma distinta (CP, art. 61, I).

A esse respeito, já decidiu o 1º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "não há como confundirem-se *maus antecedentes* com *reincidência*, nem a incidência de ambos na fixação da pena de um acusado pode vir a se constituir em *bis in idem*" (Rev. Crim. n. 221.254-7 — 1º Gr. Câm. TACrim, j. 11-6-92; no mesmo sentido, *RJDTACrim*, *9*:98).

Caso diverso seria se o réu tivesse *um único* envolvimento criminal anterior, ou seja, uma única condenação, da qual tivesse resultado reincidência. Nesse caso, não poderia ser sua pena agravada duas vezes pelo mesmo motivo, pois seria uma só causa. Já se decidiu que "a condenação anterior somente poderá ser considerada mau antecedente (circunstância judicial — art. 59 do CP), quando não gerar reincidência, pois esta já é prevista como circunstância legal (CPP, art. 61, I e 63)" (*RJDTACrim*, *8*:246, rel. Walter Tintori).

É essa a posição do Supremo Tribunal Federal: "Não procede a alegação de que, na fixação da pena, a condenação anterior foi levada em consideração para elevação da pena-base, como circunstância judicial desfavorável (mau antecedente — art. 59 do CP) e, ao depois, como agravante (reincidência — art. 61, I). É que, para isso, não foram considerados os mesmos fatos, não se caracterizando, assim, o alegado *bis in idem*. Ademais, a extinção dos efeitos da reincidência, como tal, por força do disposto no inc. I do art. 64 do C. Penal, não elimina o mau antece-

dente representado pelo delito praticado e que justificou a condenação" (*Informativo STF*, 99 e 105).

30. Antecedentes — conceito — posição do STF — *v. tb.*

Antecedentes, p. 50.

Pena – fixação, p. 685.

Pena – individualização, p. 685.

Sursis, p. 766.

"Acusado primário, mas que responde a processo por roubo em outra comarca. Requisitos objetivos e subjetivos. Art. 77 do CP. Nulidade. Princípio da presunção de inocência, art. 5º, LVII, da CF. O exame dos antecedentes e da personalidade do paciente autoriza, sem ofensa a critério legal, a denegação do *sursis*. Ausência dos pressupostos subjetivos. Descabe o *habeas-corpus* para rediscutir as circunstâncias de fato que conduziram àquela conclusão. Não se pode admitir que a presunção de inocência atue como uma barreira impeditiva do exame de circunstancias indispensáveis à individualização da pena, que também tem assento na Constituição, art. 5º, XLVI. O exame dos antecedentes reside na esfera da discricionariedade própria do juiz. Este, na apreciação das informações sobre a vida pregressa do réu, decidirá sobre a necessidade de um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta criminosa, tendo em vista a capacidade virtual do réu para delinqüir. Mesmo em se tratando de réu primário e sujeito à pena de prisão por prazo não superior aos limites legais — condição objetiva —, não está o magistrado obrigado a fixar, desde logo, o regime penal mais brando ou a conceder o *sursis*. Tal opção constitui faculdade do julgador sentenciante, se preenchidos igualmente os requisitos subjetivos. Precedentes do STF: *HC* n. 67.641, *HC* n. 68.111, *HC* n. 68.423, *HC* n. 69.800, *RHC* n. 64.193, *RHC* n. 65.127, *RHC* n. 63.985, *HC* n. 63.463, *RHC* n. 65.040, *HC* n. 60.087, *RHC* n. 59.296, *HC* n. 60.090. Não é possível, em sede de *habeas-corpus*, discutir as

condições pessoais do sentenciado, pendente como se faz a decisão de exame de fatos e provas. Jurisprudência do STF: *HC* n. 71.363, *HC* n. 66.253, *HC* n. 65.668, *HC* n. 64.218, *HC* n. 61.170. Pedido conhecido, mas indeferida a ordem de *habeas-corpus*" (*HC* n. 70.871-RJ, rel. Min. Paulo Brossard, j. 11-10-94, 2ª T., STF, v.u., *DJU* de 25-11-94, p. 32.299).

"Inexiste a alegada ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, porquanto ambas as Turmas desta Corte (assim, a título exemplificativo, nos *HC* n. 72.093, 72.643 e 72.840) têm entendimento, já na vigência da atual Constituição, de que devem ser tidos como maus antecedentes os decorrentes da existência de processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em juízo e até indiciamento em inquéritos policiais" (RE n. 211.207-SP, 1ª T. do STF, v.u., rel. Min. Moreira Alves)[2].

31. Antecedentes — o decurso do prazo de cinco anos da reincidência não afasta os maus antecedentes

"A alegação de que os antecedentes se referem a condenações já alcançadas pelo disposto no inc. I do art. 64 do Cód. Penal é irrelevante, no caso, já que a extinção dos efeitos da reincidência não elimina a existência de maus antecedentes representados pelos delitos praticados e que justificaram a condenação" (*HC* n. 77.585-3-STF, rel. Min. Ilmar Galvão).

Apelação

32. Apelação — *v.*

Absolvição – fundamento, p. 35.

Art. 577 do CPP, p. 367.

Interesse, p. 535.

Prazos, p. 692.

---

2. A crítica a este entendimento já a fizemos em verbete anterior, na p. 48.

Recursos, 722.

Sursis (prazo para apelação), p. 772.

33. Apelação — prazo em caso da Lei n. 9.099/95 — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Prazos, p. 692.

Recursos, p. 722.

No procedimento sumaríssimo, previsto nos arts. 77 e s. da Lei n. 9.099/95, no tocante às infrações de que cuida essa lei, a apelação será interposta no prazo de 10 (dez) dias (art. 82, § 1º).

34. Apelação — contra rejeição de denúncia ou queixa, nos casos da Lei n. 9.099/95 — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Por força do novo sistema trazido pela Lei n. 9.099/95, da decisão que rejeita a denúncia ou a queixa, cabe apelação no prazo de dez dias (art. 82, § 1º).

35. Apelação — deserção

"A recaptura de réu foragido, antes do julgamento da apelação, não afasta a decretação da deserção. Com esse entendimento, a Turma indeferiu pedido de *habeas-corpus* em que se alegava violação aos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa. Precedentes cit.: *HC* n. 67.914-SP (*DJU*, 17.8.90); *HC* n. 71.701-SP (*DJU*, 26.5.95); *HC* n. 72.867-RJ (*DJU*, de 20.10.95) e *HC* n. 73.274-SP (*DJU*, de 19.4.96)" (*HC* n. 78.730-MG, rel. Min. Sydney Sanches, 9.2.99, 1ª T. STF, *Informativo STF*, 138).

Apreensão da *res*

36. Apreensão da res — *v.*

Art. 91, II, do CP, p. 149.

Busca e apreensão, p. 398.

Furto – apreensão da res, p. 517.

Pedido de restituição, p. 672.

Apropriação indébita

37. Apropriação indébita — e furto — *v.*

Art. 155 do CP, p. 181.

Art. 168 do CP, p. 242.

Art. 168, § 1º, III, do CP, p. 243.

Art. 169 do CP, p. 245.

38. Apropriação indébita — e furto — crime praticado por empregado

O furto admite, sim, a forma fraudulenta. Contudo, no tocante à apropriação indébita, à doutrina tem repugnado reconhecer sua presença quando haja emprego de fraude, porque esta modalidade de crime patrimonial supõe uma quebra de confiança inicial, com inversão do *animus* da posse (*v.g.*, DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 168, ed. Freitas Bastos, 1986). Assim, nesta infração, ao contrário do que ocorre com o furto, o agente recebe a coisa licitamente e depois inverte o título da posse ou detenção, passando a possuir *uti dominus* (HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, nota ao art. 168, vol. VII, n. 59, ed. Forense, 1967). Ademais, no furto, há a *subtração* da *res*, ou seja, já é ilícito o primeiro contato do agente com a *res*; na apropriação indébita, porém, ou a própria vítima *entrega* a coisa ao agente ou este a obtém consensualmente, de forma lícita, e *depois* inverte o *animus* da posse.

Tomemos alguns exemplos.

Suponhamos que o réu seja empregado rural da vítima e apoderou-se de algumas cabeças de gado desta última. Se no caso a vítima não *entregou* a *res* ao acusado, e sim este tinha ape-

nas sua custódia como seu empregado, detendo sua posse já em nome alheio, o réu, ao lançar mão da res, a rigor a está subtraindo, e não dela se apropriando.

Consideremos agora um contador que desvie dinheiro da empresa; o furto com fraude e com abuso de confiança poderá ser o enquadramento legal mais adequado.

39. Apropriação indébita — e furto — veículo achado

Se o agente em momento algum *subtraiu* a *res*, e sim foi a vítima quem lha *entregou*, poderá ser estelionato, se o alcance foi ilegítimo desde o primeiro momento, ou apropriação indébita, se a posse do agente foi inicialmente lícita, mas, depois, resolveu ele inverter o *animus* da posse.

Nesse sentido, existe precedente do Ministério Público paulista: "Pt. n. 35.003/97 (conflito de atribuições). Inquérito Policial n. 29.137/96 (Dipo). Suscitante: Promotor de Justiça Criminal da Capital. Suscitado: 3º Promotor de Justiça de Vila Prudente. Ementa: Conflito de atribuições. Agentes que, encontrando na rua um veículo anteriormente subtraído, dele se apoderam, em proveito próprio, levando-o para sua casa. Debate quanto à capitulação jurídica da conduta: apropriação de coisa achada ou furto qualificado. Na espécie, os agentes disseram que se apoderaram do veículo ao vê-lo estacionado em uma rua de São Paulo, com a chave no contato. Essa conduta caracteriza, em tese, o crime de furto, cujo objeto material, sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário, pode ser uma coisa anteriormente subtraída. Não se trata de apropriação de coisa achada, porque esta só incide sobre coisa perdida, como tal não se podendo considerar um carro encontrado onde as pessoas normalmente o estacionam (em uma via urbana). Não há prova, ademais, de que o carro fora abandonado e essa circunstância não se presume" (Conflito de atribuições — decisão da PGJ, *DOE*, Seç. I, 25-7-97, p. 32).

40. Apropriação indébita — e estelionato — *v.* tb.

Art. 171 do CP, p. 245.

Como distinguir a apropriação indébita do estelionato?

Enquanto o estelionato é necessariamente praticado com fraude, na apropriação indébita repugna à doutrina possa ser ela praticada com fraude, porque esta modalidade de crime patrimonial supõe uma quebra de confiança inicial, com inversão do *animus* da posse (*v.g.*, DELMANTO, *Código Penal comentado*, nota ao art. 168, ed. Freitas Bastos, 1986); ademais, nesta o agente recebe a coisa licitamente e depois inverte o título da posse ou detenção, passando a possuir *uti dominus* (HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, nota ao art. 168, v. VII, n. 59, ed. Forense, 1967). Ora, no estelionato, a coisa já é obtida pelo agente *por meio fraudulento*, ou seja, já é ilícito o primeiro contato do agente com a *res*; na apropriação indébita, porém, ou a própria vítima *entrega* a coisa ao agente ou este a obtém consensualmente, de forma lícita, e só *depois* é que inverte o *animus* da posse.

Argumentos do Juiz

41. Argumento não enfrentado pelo Juiz — *v.*

Sentença – motivação, p. 755.

Arma

42. Arma — *v.*

Art. 19 da LCP, p. 69.
Art. 91, II, do CP, p. 149.
Art. 157, § 2º, I, do CP, p. 216.
Lei n. 9.437/97, p. 618.
Pedido de restituição, p. 674.
Porte de arma, p. 692.

43. Arma — conceito

"As armas próprias são as que têm o destino ordinário e principal de ofender, ferir ou matar; as impróprias, os instrumen-

tos ou objetos que, tendo outro destino específico, podem, eventualmente, ser aplicados, agressiva ou defensivamente, para produzir ofensas físicas" (*JTACrim*, *71*:381).

Arquivamento de inquérito policial

44. Arquivamento de inquérito policial — *v.*

Inquérito policial, p. 534.

45. Arquivamento de inquérito policial nos Tribunais

Nos tribunais, compete ao relator determinar, por despacho, o arquivamento de inquérito policial, quando requerido pelo Procurador-Geral de Justiça (*RJTJSP*, *61*:409)[3].

46. Arquivamento do inquérito policial — obrigatoriedade do arquivamento

Se o arquivamento do inquérito policial é requerido pelo próprio Procurador-Geral de Justiça, torna-se obrigatório seu deferimento (*RJTJSP*, *12*:468; *RTJ*, *73*:1, *69*:4, *64*:40, *49*:357)

Art. 11 do CP

47. Art. 11 do CP — multa — frações da pena — *v.*

Multa, p. 656.

Art. 12 do CPP

48. Art. 12 do CPP — inquérito policial — quando acompanha a queixa ou denúncia — *v.*

Denúncia – diversos, p. 471.

---

3. A propósito do cabimento do requerimento de arquivamento, *v. RT*, *612*:284, *609*:420; *RTJ*, *118*:130.

Inquérito policial, p. 534.

Queixa – requisitos, p. 721.

V., também, nosso *O inquérito civil — investigações do Ministério Público*, ed. Saraiva, 1999.

Art. 14 do CP

49. Art. 14 do CP — crime consumado e crime tentado — *v.*

Art. 14, II, do CP, *infra*.

Art. 17 do CP, p. 65.

Art. 71 do CP (crime consumado e tentado), p. 139 e s.

Flagrante forjado, p. 512.

Art. 14, II, do CP

50. Art. 14, II, do CP — tentativa — *v.*

Art. 14 do CP, *supra*.

Art. 71 do CP (crime consumado e tentado), p. 143.

Art. 157 do CP – tentativa, p. 213.

51. Art. 14, II, do CP — atos preparatórios

Não raro se controverte nos autos sobre se o caso teria configurado tentativa punível ou se, ao contrário, tudo não teria passado de meros atos preparatórios e impuníveis, sem ter havido início de execução do crime.

Só podem ser considerados atos meramente preparatórios aqueles que o agente pratica ainda antes de entrar na execução do tipo penal. Assim, comprar a arma para matar não é começar a matar; se não atirei contra a vítima, ainda não *dei início* ao crime de homicídio — e estaríamos dentro do campo dos meros atos preparatórios impuníveis. Mas se alvejo a vítima e atiro, já entrei na esfera do tipo (ao iniciar a ação que em tese seria necessária para pro-

vocar o evento morte); nesse caso, já terei iniciado a execução do homicídio, ainda que eu não acerte o tiro na vítima, ou, acertando-a, não a mate.

Enfatizando o predomínio do *critério formal* (início da realização do tipo) sobre o *material* (ataque direto ao bem jurídico), ANÍBAL BRUNO sintetiza: "o problema da determinação do início da fase executiva há de resolver-se em relação a cada tipo de crime, tomando-se em consideração sobretudo a expressão que a lei emprega para designar a ação típica" (*Direito penal*, parte geral, tomo II, p. 23, 3ª ed., Forense, 1967).

52. Art. 14, II, do CP — tentativa de estelionato — *v.* tb.

Art. 71 do CP, p. 139.

Tomemos como exemplo o caso em que o réu intente cometer um estelionato; vai à loja da vítima, escolhe a mercadoria que pretende levar mediante fraude, assim frustrando o equivalente econômico. Até esse momento, ainda não terá sequer iniciado a fraude nem obtido o proveito ilícito. Mas, no momento em que entrega em pagamento um cheque à vítima, fazendo-a supor falsamente ter sido o cheque legitimamente por ele obtido, inicia o réu a execução do núcleo do tipo penal, ou seja, inicia a prática da fraude para obter o proveito patrimonial ilícito.

Se, nesse momento, for o réu obstado pela cautela da vítima, terá havido mera impossibilidade relativa de consumação, porque o objeto não era inidôneo, e o maior zelo da vítima em consultar o serviço de proteção ao crédito será puramente circunstancial (nesse sentido, reconhecendo a presença de tentativa, em casos análogos, *v.* tb. *RJDTACrim*, *6*:81, *7*:99; *RT*, *561*:366, *538*:332).

Em casos tais, há, pois, tentativa e não meros atos preparatórios.

53. Art. 14, II, do CP — tentativa nos crimes qualificados — tentativa de furto — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 182.

NÉLSON HUNGRIA, fundamentando-se em MAYER, ensinou que, pela *teoria da hostilidade do bem jurídico*, o *ato executivo* (ou de tentativa), é o que ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico, enquanto o *ato preparatório* é o que possibilita, mas não é ainda, sob o prisma objetivo, o ataque ao bem jurídico (*Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, p. 84, Forense, 1978) — e nesse sentido vem sendo o entendimento jurisprudencial (*JTACrim*, *84*:305, *72*:311). Na lição de JESCHECK, “nos tipos qualificados, a tentativa começa, ao dar-se princípio à realização do tipo, sendo indiferente se o autor começa primeiro com a ação do tipo qualificado ou com a do tipo fundamental” (*Tratado de derecho penal*, *parte general*, trad. castelhana de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 2º/709) — e nesse sentido foi o que decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (*JTACrim-Lex*, *91*:280).

Assim, o rompimento de porta de ingresso de casa alheia constitui tentativa de furto, como anota MANZINI (*Tratatto di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1938, IX/158, 1ª parte, n. 3.239, nota n. 2), mesmo que o réu não tenha chegado a efetivamente empalmar nada daquilo a que visava subtrair. Em precedente originário de Votuporanga, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já admitiu ser “indisfarçável início de execução do crime de furto a aplicação de força física contra janela e porta, com o intuito de ultrapassá-las para atingir o fim último da subtração de bens existentes no interior da casa” (*JTACrimSP*, *84*:305). Em outro precedente, a mesma Corte entendeu que “responde por tentativa o meliante que é surpreendido no ato de forçar fechadura de residência alheia, visando à prática de furto” (*JTACrim*, *50*:285).

Nesse sentido, precisa a lição de GALDINO SIQUEIRA: “há duas categorias de atos: os que consistem no começo de execução

do fato que constitui o corpo de delito, e os que constituem atos vizinhos do delito, que são mais do que a preparação, porque tendem direta e imediatamente à execução do fato, sem todavia começar a execução. Os primeiros não deixam dúvida sobre a intenção do agente; os segundos têm um caráter menos determinado e devem ser aproximados e relacionados como fim que o agente pretende atingir. É indubitável que sempre que o inculpado põe a mão sobre os objetos que quer subtrair, existe a tentativa, porque a subtração está começada; mas o começo de execução pode existir, quando ainda não há subtração. O que o artigo que trata da matéria requer é que o agente tenha começado não o crime mesmo, mas a execução deste, o que não é sempre a mesma coisa. O que se deve perquirir é se os atos tendem à subtração da coisa, se a intenção do agente é apossar-se desta, intento não realizado pela interferência de circunstâncias alheias à sua vontade" (*Direito penal brasileiro*, parte especial, p. 718; *JTACrim*, *69*:479).

Por absurdo, a se entender o contrário, ou seja, que só seria tentado o crime quando o agente começasse a executar diretamente o próprio núcleo da ação penal proibida, então, no crime de homicídio, p. ex., o agente que atirasse na vítima para matá-la, mas errasse, estaria fazendo algo impunível, pois não teria começado a execução de ação física *matar*...

Atos meramente preparatórios e nessa qualidade impuníveis teria o réu cometido, p. ex., se tivesse comprado uma máscara para não ser reconhecido durante o furto; se apenas tivesse convidado alguém para participar do crime; se tivesse tomado um veículo para ir até o lugar em que deveria ser praticada a *contrectatio*; se tivesse comprado a escada que usaria na escalada e daí por diante. Mas, no momento em que invade a residência da vítima para furtar, ou começa a forçar a janela para seu ingresso, passa a iniciar a execução do próprio furto, expondo a perigo direto o bem jurídico protegido pela norma penal.

54. Art. 14, II, do CP — critério da diminuição da pena — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 182.

Pena – fixação, p. 685.

Nos crimes tentados, o critério da diminuição da pena é inversamente proporcional ao *iter criminis* cometido.

55. Art. 14, II, do CP — tentativa — momento de aplicar a redução — *v.* tb.

Pena, p. 679.

"A diminuição decorrente da tentativa constitui o último fator ou fase de dosagem da pena. Feita a diminuição decorrente da tentativa, nenhum outro acréscimo ou decréscimo há de ser feito, uma vez que, depois de sopesadas todas as circunstâncias do delito, ela constitui a última fase da dosagem da pena, a última parcela entre todos os fatores que merecem ser considerados. Constitui o último cálculo, quer na hipótese em que existam outras causas de diminuição de pena (*v.g.*, homicídio privilegiado — art. 121, § 1º, do CP), quer existam causas especiais de aumento de pena (qualificadora de uso de arma; concurso formal ante a pluralidade de violações possessórias etc." (*RJDTACrim*, *4*:120).

56. Art. 14, II, do CP — tentativa de crime culposo

Não é possível admitir a figura da tentativa de crime culposo (*RT*, *572*:324, *620*:336; STF, *HC* n. 65.390, *RT*, *625*:388; *RJTJSP*, *38*:348)[4]. E a razão é simples: enquanto a tentativa pressupõe que o agente *queira* o resultado (art. 14, II, do Cód. Penal), já a figura culposa pressupõe *ausência volitiva do dano*, que ocorre apenas por uma forma de imprudência, negligência ou imperícia do agente (CP, art. 18, II). Assim, a tentativa supõe um *resultado desejado*, que não é alcançado por circunstâncias alheias à *vontade* do agente; já no crime culposo o resultado não é *desejado*: ou não foi sequer previsto, embora previsível, ou foi previsto mas imprudentemente descartado pelo agente.

4. Nesse sentido, *v.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 14, ed. Saraiva, 1991.

Mesmo nos casos de culpa consciente (limítrofe com o dolo eventual), não se pode falar que o réu tenha *querido* o resultado: na culpa consciente, ele admite que o resultado possa ocorrer, mas entende, de forma leviana, que não ocorrerá, enquanto, no dolo eventual, admite o resultado e pouco se lhe importa que ocorra ou não. Daí a conhecida fórmula de FRANK: *dê no que der, aconteça o que acontecer, meu comportamento será mesmo esse*. Assim, como anota ANÍBAL BRUNO, o máximo que se pode conceder é que a "possibilidade de tentativa nessa espécie de crimes, de que falam certos autores, é meramente conceitual, não tem existência na prática", pois, "desde que a tentativa tem por elemento o dolo do fato típico, não pode haver tentativa de crime culposo" (*Direito penal*, v. II, p. 241, ed. Forense, 1967).

Art. 16 do CP

57. Art. 16 do CP — ressarcimento do dano — quando não ocorre

"Atenuante — ressarcimento do dano — arts. 16, 65, III, *b*, e 129, § 6º, do Cód. Penal. Em caso de lesões corporais culposas decorrentes de acidente de trânsito, não se pode dizer que tenha havido reparação do dano pelo simples fato de ter o acusado reembolsado a vítima dos prejuízos materiais que sofreu em seu veículo. O dano, em se cuidando do delito do art. 129, § 6º, do Cód. Penal, é a lesão corporal que a vítima experimentou. Pela mesma razão, não cabe a atenuante prevista no art. 66, III, *b*, do Cód. Penal" (Ap. n. 769.287-1-Ribeirão Preto, TACrim, 12ª Câm., j. 28-2-94, rel. Souza José, v.u.).

58. Art. 16 do CP — ressarcimento do dano promovido por terceiro

A figura do *arrependimento posterior*, prevista no art. 16 do Cód. Penal, supõe os seguintes requisitos: *a)* tenha sido o crime cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa; *b)* tenha sido o dano reparado na íntegra, ou tenha a coisa sido restituída sem

depreciação, antes do recebimento da denúncia ou queixa; *c)* tenham a reparação do dano ou a restituição da coisa decorrido de *ato voluntário do agente*.

Assim, o art. 16 do Cód. Penal permite a redução da pena em virtude da figura do *arrependimento posterior*, que ocorre quando o dano é reparado ou a coisa é restituída, *por ato voluntário do próprio agente*. Tem-se admitido até mesmo que o terceiro o faça, *desde que a mando do agente* (parente ou advogado, cf. *JTACrim*, *99*:57). No mesmo sentido, é a lição de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código Penal anotado*, nota ao art. 16, ed. Saraiva, 1991), que se reporta, porém, a suposto entendimento contrário a esse, quando o Tribunal de Justiça já teria admitido a reparação feita diretamente por irmão do agente (*RJTJSP*, *100*:490).

Contudo, examinando o julgado publicado em *RJTJSP*, *100*:490, verifica-se que havia nos autos fortes elementos de convicção para apurar que o ressarcimento do peculato, naquele caso, fora feita a pedido do agente, com pleno apoio em recibo constante dos autos e no que declarou o réu quando interrogado, havendo até mesmo um voto vencido que entendia que o caso era de pagamento pelo próprio agente. Desta forma, este precedente a rigor não contraria a regra de que o arrependimento posterior só deva ser reconhecido quando o dano seja reparado ou a coisa restituída *por ato voluntário do próprio agente*.

Art. 17 do CP

59. Art. 17 do CP — crime impossível — *v.*

Art. 157 do CP (roubo de documentos), p. 207.

Art. 155 do CP (furto de carro com bloqueador de combustível), p. 182.

60. Art. 17 do CP — crime impossível — flagrante forjado *versus* flagrante esperado — *v.* tb.

Art. 301 do CPP, p. 298.

Flagrante forjado, p. 512.

Tóxicos, p. 782.

Se a polícia já está fiscalizando o réu, e assim o surpreende ao tentar cometer o crime, não se pode dizer que, só por isso, tenha sido o flagrante *forjado*. Forjado seria aquele flagrante em que a vítima, a polícia ou ambas criassem as condições artificiais para a ocorrência do crime, ao estimular, provocar ou ensejar a ação proibida, que, assim, não teria ocorrido sem tais condições favoráveis criadas propositadamente por aqueles que querem surpreender o agente. Nesse caso, a jurisprudência tem negado a ocorrência da infração, reconhecendo a ocorrência do chamado *crime impossível* ou *crime putativo*.

Bem diverso do flagrante *forjado*, porém, é o flagrante *esperado*. Neste último, a vítima ou a polícia não criam as condições da ocorrência da infração. Apenas, a certo momento, percebendo a ocorrência ou a possibilidade de ocorrência de violação da lei penal, postam-se em situação adequada para surpreender o agente e evitar a consumação do delito. Nesse flagrante *esperado*, será relativa a impossibilidade de o agente levar a cabo sua militante vontade de delinqüir, até porque dependerá da maior ou menor eficiência da fiscalização ou da intervenção policial para impedir a consumação, pois, se a não-consumação ocorrer, decorrerá de fato alheio à vontade do agente.

Nesse sentido é o que têm decidido os tribunais: "Flagrante esperado — Agente da autoridade e vítima que deixam o sujeito agir sem provocação ou induzimento, prendendo-o no cometimento do fato — Reconhecimento. Avisada a Polícia, o caso é de flagrante esperado, quando a autoridade ou o ofendido apenas deixam o sujeito agir, sem provocá-lo a isso, ou induzi-lo, prendendo-o no cometimento do fato" (*RJDTACrim*, *5*:258, rel. Mafra Carbonieri).

Em outro julgado, o Tribunal de Justiça paulista com razão afirmou: "Não há crime putativo na hipótese em que, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a

iniciativa do agente, a este se dá apenas o ensejo de agir tomando-se as precauções devidas. A teoria do crime putativo trata-se de construção doutrinária, que se funda na teoria realística do crime, entre nós geralmente aceita. É indispensável, entretanto, distinguir a hipótese em que a ação é empreendida por obra do agente provocador, do caso em que há simples predisposição da autoridade, que surpreende o criminoso, por ter sido previamente informada de seus propósitos" (*RJTJSP*, *68*:418, j. 6-10-90, rel. Onei Raphael).

Enfim, não há confundir o flagrante esperado com o flagrante forjado. A Súm. n. 145 – STF refere-se a este último, ao dizer que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". Como observou o próprio Supremo Tribunal Federal, "a Súm. n. 145 se refere à provocação do delito pela Polícia, não porém às diligências para apuração do crime já consumado pela simples solicitação do funcionário corrupto" (*RT*, *466*:417).

61. Art. 17 do CP — crime impossível — quando se configura — *v.* tb.

Art. 155 do CP (furto de carro com bloqueador de combustível), p. 182.

Segundo o art. 17 do Cód. Penal, "não se pune a tentativa quando, *por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto*, é impossível consumar-se o crime".

Ora, essa ineficácia do meio ou impropriedade do objeto *têm de ser absolutas*, para que se possa falar em *crime impossível*. Assim, no exemplo clássico, quem atira num corpo humano já morto, não pratica homicídio tentado ou consumado, pois o corpo de um homem morto é absolutamente impróprio para suportar a ação de quem quer *matar*. Ou então, querendo matar, e pensando pôr veneno no alimento da vítima, alguém por engano coloca apenas açúcar — também aqui teremos um crime impossível.

Bem diversas da inidoneidade absoluta, porém, são a ineficácia e a impropriedade *relativas* do meio ou do objeto. No exemplo do falso veneno, se em vez de açúcar o agente tivesse mesmo ministrado o veneno à vítima, suficiente para matá-la, mas a vítima tivesse tomado quantidade insuficiente para morrer, a impossibilidade de consumação teria sido apenas relativa: neste último caso, estaria presente a tentativa punível.

Vejamos agora um caso da atualidade: suponhamos que o dono de um carro, ao estacioná-lo, acione um bloqueio de combustível ou retire o chamado *cachimbo do distribuidor* do carro, visando a dificultar a subtração do veículo. O agente que entra no carro, faz a ligação direta e não consegue fazer o motor funcionar, terá cometido tentativa de furto ou crime impossível? No caso, entendo que o bloqueio de combustível ou a supressão de uma peça de ignição será meramente circunstancial: como óbices à subtração, equivalem à falta da chave de partida, e constituem igualmente impedimento relativo. Tanto uma chave substitutiva quanto um cachimbo de distribuição poderiam estar ao alcance do agente, de forma que não se há de falar na impossibilidade *absoluta* de consumação.

Distingue-se, pois, o *conatus* do crime impossível, porque naquele, a impossibilidade de consumação é meramente relativa.

A jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já tem reconhecido hipóteses de tentativa punível em casos semelhantes, como quando o agente busca subtrair um carro dotado de trava anti-furtos, como neste precedente: "em tema de crime impossível por impropriedade do objeto, adotou o legislador pátrio a teoria objetiva temperada, que reconhece a tentativa no caso de relativa inidoneidade do objeto, o que ocorre quando se encontre este especialmente protegido contra possível lesão" (*TACrimSP*, rel. Juiz Goulart Sobrinho, *JTACrim*, *42*:314)[5].

5. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, de A. Silva Franco *et al.*

Ainda no mesmo sentido do texto, a mesma Corte tem apreciado casos semelhantes, em que dispositivos de bloqueio de combustível ou mesmo a própria retirada de fio de bobina de automóveis foram considerados óbices relativos, e não absolutos, à subtração patrimonial tentada (*RJDTACrim*, *15*:59, *3*:114).

Art. 19 da LCP

62. Art. 19 da LCP — porte de arma — *v.* tb.

Arma, p. 57.

Art. 91, II, do CP (perda da arma), p. 149.

Lei n. 9.437/97, p. 618.

Pedido de restituição, p. 674.

Porte de arma (Lei n. 9.437/97), p. 692.

A contravenção penal do art. 19 da Lei de Contravenções Penais não foi derrogada a não ser no tocante ao porte ou à posse de armas de fogo, que foram agora criminalizados (Lei n. 9.437, de 20-2-97). Mas, entre as armas próprias ou impróprias ainda abrangidas pela norma contravencional, estão os punhais, cassetetes, facas e peixeiras, soco-inglês, *nuntchacos* etc.

63. Art. 19 da LCP — porte de arma branca — punhal

Sustentam alguns que o porte de um punhal seria atípico, pois para o art. 19 da Lei de Contravenções Penais, só as armas suscetíveis de licença de porte é que poderiam ser portadas sem licença, e só o porte dessas armas é que seria contravenção penal, o que não ocorreria com o punhal.

A argumentação é inconvincente, *concessa venia*.

O art. 19 da Lei de Contravenções Penais — aplicável à hipótese de arma que não seja de fogo (cf. art. 10 da Lei n. 9.437/97) —, considera contravenção penal "*trazer consigo arma fora de casa ou dependência desta, sem licença da autoridade*". O que

quer dizer o tipo penal é que o porte de arma é sempre proibido, só excepcionado o porte de arma por parte de quem tenha licença para tanto da autoridade. Assim, mesmo que se trate de arma cujo porte em tese seja admitido, se em concreto o agente não tiver licença da autoridade, comete a contravenção. *A fortiori* é proibido o porte de arma insuscetível de licença de porte.

Essa teoria contrária levaria ao absurdo. Como em tese há armas que são suscetíveis em tese de porte, cometeria infração penal o indivíduo que portasse uma dessas armas sem licença da autoridade; contudo, o mesmo indivíduo poderia portar impunemente uma metralhadora municiada, porque, sendo esta insuscetível de licença para porte, seu porte seria atípico...

Bem anota DAMÁSIO E. DE JESUS ser o punhal *arma própria*, cujo porte é contravenção penal (*Lei de Contravenções Penais anotada*, p. 60, Saraiva, 1993; no mesmo sentido, cf. *RT*, *581*:341; *JTACrim*, *68*:479). Outrossim, acrescenta o mesmo autor que, mesmo as armas impróprias (como machados, facas de cozinha etc.) podem configurar a contravenção, desde que o indivíduo desvirtue seu uso (no mesmo sentido, *v. JTACrim*, *86*:396, *71*:381).

Por sua vez, JOSÉ DUARTE, endossado por MANUEL PEDRO PIMENTEL, ensinou que, para os fins do art. 19 da Lei de Contravenções Penais, só é arma aquela no sentido estrito e no significado próprio e correntio do vocábulo (*Comentários à Lei das Contravenções Penais*, n. 352, p. 303, ed. Forense, 1944; e *Contravenções Penais*, p. 119, ed. Rev. dos Tribunais, 1978, respectivamente). Mas acrescentou JOSÉ DUARTE, com razão, que a lei não classifica o que seja arma; "quer, apenas, seja o seu *porte autorizado* para ser *lícito*" (*id. ib.*, p. 304).

Assim, um punhal é arma própria por excelência; é do conhecimento de todos que o punhal é arma de ataque ou defesa. E, se até o porte de armas sujeitas a porte, se portadas sem licença, configura infração penal, *com maior razão o será o porte de arma insuscetível de licença de uso*.

A lei é expressa e pune o porte de arma, até mesmo aquela suscetível de porte. O que não dizer do porte de arma insuscetível de porte?!

64. Art. 19 da LCP — porte de arma — arma branca — caracterização

Não se permite que as pessoas portem armas, próprias ou impróprias, salvo se se tratar de arma cujo porte admita licença da autoridade. Não se tratando de arma cujo porte pudesse ser licenciado, e estando o agente a portá-la voluntariamente na qualidade e com a finalidade de servir de arma, comete sem dúvida a contravenção penal.

Trata-se de infração punida pelo potencial ofensivo que representa o fato de um cidadão sair armado, ainda que ou justamente porque pretenda defender seus próprios direitos por suas próprias mãos. Assim, "a contravenção por porte ilegal de arma é meramente comportamental. Surge do mero ato de infringir norma de conduta ditada pela administração. Não reclama, o tipo contravencional, perquirição do elemento subjetivo, a intenção do infrator, ou sua eventual justificativa, ancorada em possível medo da repetição de assalto já sofrido" (*RJDTACrim*, *6*:69). Ou ainda, "salvo circunstâncias especiais que justifiquem o porte de faca do tipo em questão, como instrumento útil e necessário ao trabalho, não há como descaracterizar a tipicidade do fato" (*RJDTACrim*, *8*:233, rel. José Santana).

65. Art. 19 da LCP — porte de arma — arma branca — tamanho da lâmina

A doutrina tem recomendado, com base no Dec. paulista n. 6.911/35, que se reputem como armas brancas aquelas cujas lâminas ultrapassem 10 cm (MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Contravenções penais*, p. 120, ed. Rev. dos Tribunais, 1978; MANOEL CARLOS DA COSTA LEITE, *Lei das Contravenções Penais*, p. 90-1, ed. Rev. dos Tribunais, 1976; *RT*, *729*:579; *JTACrim*, *88*:370).

66. Art. 19 da LCP — porte de arma — *nuntchaco* ou *muchaco* etc.

Constituiriam *armas*, para os fins do art. 19 da Lei de Contravenções Penais, os instrumentos conhecidos como *mutchaco*, *muchaco*, *nuntchaco* ou *chaco*, normalmente confeccionados com dois canos metálicos, ligados por uma corrente?

Sem dúvida esses instrumentos constituem armas próprias, construídas e usadas para esse fim, como reconhece a jurisprudência (*RJDTACrim*, *3*:102; *RT*, *729*:579).

Art. 21 do CP

67. Art. 21 do CP — erro sobre a ilicitude do fato — *v.*

Erro de proibição, p. 499.

Art. 21 da LCP

68. Art. 21 da LCP — vias de fato — *v.*

Lei n. 9.099/95 – vias de fato, p. 608.

69. Art. 21 da LCP — vias de fato e embriaguez — *v.* tb.

Embriaguez, p. 495.

A embriaguez voluntária ou culposa não exclui a contravenção de vias de fato (CP, art. 28, II; *JTACrim*, *87*:322; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei das Contravenções Penais anotada*, art. 62, ed. Saraiva, 1993).

Art. 25 do CP

70. Art. 25 do CP — legítima defesa — pressupostos

Não age em situação de legítima defesa quem, após ter sido injuriado, persegue o ofensor e o agride, pois, nesse caso, terá faltado a atualidade ou a iminência da ofensa, já cessadas.

Inegavelmente, o sentido da dignidade pessoal, a boa fama e a honra são direitos que podem ser defendidos. Com efeito, "a dignidade pessoal é também um direito de que não se pode ser obrigado a abdicar. Assim sendo, o revide físico à ofensa à honra, desde que moderado o meio empregado, é admitido como ato de legítima defesa" (*RT*, *552*:355). Desta forma, "a honra, como qualquer outro direito inerente à pessoa humana, está abrangida pela previsão do art. 21 do Cód. Penal [atual art. 25]. Reagindo, pois, moderadamente a grave ofensa verbal proferida pela vítima, age o acusado em legítima defesa" (*RT*, *551*:341; no mesmo sentido, cf. *RT*, *570*:387, *488*:380, *431*:335; *JTACrim*, *23*:122).

Entretanto, a repulsa do ofendido, nesses casos, há de ater-se aos limites impostos no art. 25 do Cód. Penal (*RT*, *570*:387, *552*:355, *551*:341, *488*:380, *431*:335, *425*:296; *JTACrim*, *23*:122), entre os quais estão a *moderação da reação* e a *atualidade* ou *iminência da agressão*. Desta forma, se a ofensa verbal já cessou, e o ofendido ainda sai em perseguição ao agressor, não mais estará em legítima defesa (*RT*, *463*:417). Mas, se as ofensas verbais não cessam, o desforço pessoal moderado pode ser o meio para fazer cessá-las; mas, se as ofensas já cessaram e o ofendido sai ainda em perseguição ao ofensor para agredi-lo, aí teremos vingança, não defesa.

Art. 26 do CP

71. Art. 26 do CP — inimputabilidade — *v.*

Art. 97 do CP, p. 151.

Art. 159 do CPP, p. 233.

Imputabilidade, p. 530.

Medida de segurança, p. 651.

Silvícola, p. 762.

Tóxicos – exame de verificação de dependência, p. 793.

72. Art. 26 do CP — inimputabilidade

Como anotou DAMÁSIO E. DE JESUS, “imputabilidade penal é o conjunto de condições penais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”(*Código Penal anotado*, nota ao art. 26, ed. Saraiva, 1991).

Assim, a inimputabilidade de que cuida o art. 26 do Cód. Penal leva à absolvição, e não à condenação com isenção de pena: é o que dispõe o art. 386, V, do Cód. de Processo Penal (que se remete à redação anterior do art. 22 do CP). Na mesma esteira é, aliás, o ensinamento da doutrina (JÚLIO F. MIRABETE, *Manual de direito penal*, parte geral, I, n. 5.4.2, p. 203, 6ª ed., Atlas, 1991; Celso DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 22, ed. Freitas Bastos, 1986; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, nota ao art. 22, ed. Saraiva, 1991). Contudo, impõe-se medida de segurança nesse caso, ainda que absolvido o agente (arts. 96 e 97 do CP).

73. Art. 26 do CP — laudo — quesitos — *v.* tb.

Art. 149 do CPP, p. 179.

É muito comum que os quesitos que precedem a elaboração dos laudos de exame de insanidade mental se limitem a repetir literalmente o art. 26 *caput* do Cód. Penal, ou de seu parágrafo único, sem desmembrar as diversas hipóteses que nele estão contidas.

Entretanto, tais quesitos ficam mal formulados quando não desmembram as hipóteses envolvidas, já que normalmente provocam respostas confusas, porque embaralham duas coisas distintas.

Assim, é comum que os laudos perguntem, *num mesmo quesito*, se o réu seria inteiramente incapaz de *entender* o caráter criminoso do fato, *ou* se seria inteiramente incapaz de *determinar*-se de acordo com esse entendimento. E muitas vezes os peritos respondem simplesmente “sim”. Ora, com isso estão

querendo dizer que o réu não *entendia* o caráter criminoso do fato por ele praticado? Ou queriam dizer que *entendia* o caráter criminoso do fato, mas, embora o entendesse, não conseguia *determinar-se de acordo com esse entendimento*? Muitos laudos não esclarecem esse ponto.

Assim, os quesitos devem ser formulados com maior clareza, como desta forma:

a) Tinha o réu, ao tempo da ação ou da omissão narradas na denúncia, doença mental? Justificar.

b) Tinha o réu, ao tempo da ação ou da omissão narradas na denúncia, desenvolvimento mental incompleto? Justificar.

c) Tinha o réu, ao tempo da ação ou da omissão narradas na denúncia, desenvolvimento mental retardado? Justificar.

d) Em virtude da resposta positiva a um dos três primeiros quesitos acima ("a", "b" ou "c"), ao tempo da ação ou omissão indicadas na denúncia, o examinando era *inteiramente* incapaz de *entender* o caráter ilícito do fato?

e) Em virtude da resposta *positiva* a um dos três primeiros quesitos acima ("a", "b" ou "c"), e somente em caso de resposta *negativa* ao quarto quesito ("d"), ao tempo da ação ou omissão indicadas na denúncia, embora fosse o examinando *capaz* de *entender* o caráter ilícito do fato, era ele *inteiramente* incapaz de *determinar-se* de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato?

f) Em virtude da resposta *positiva* a um dos três primeiros quesitos acima ("a", "b" ou "c"), e somente em caso de resposta *negativa* ao quarto e quinto quesitos ("d" e "e"), ao tempo da ação ou omissão indicadas na denúncia, o examinando era *parcialmente* incapaz de *entender* o caráter ilícito do fato?

g) Em virtude da resposta *positiva* a um dos três primeiros quesitos acima ("a", "b" ou "c"), e em caso de resposta *negativa* ao quarto, quinto e sexto quesitos ("d", "e" e "f"), ao tempo da ação ou omissão indicadas na denúncia, embora fosse o exami-

nando *parcialmente capaz* de *entender* o caráter ilícito do fato, era ele *parcialmente* incapaz de *determinar-se* de acordo com o parcial entendimento do caráter ilícito do fato?

Dependendo de quais sejam as respostas dos peritos, poderemos então saber se é caso de inimputabilidade ou semi-imputabilidade e por qual fundamento (CP, art. 26 e parágrafo único).

Em hipótese alguma se pergunta simplesmente aos peritos se o réu é inimputável, ou semi-imputável, ou se ele deve receber medida de segurança. Essas são questões jurídicas, que devem ser decididas pelo Juiz, sob o crivo das partes; o que se pode e deve perguntar aos peritos, além dos quesitos acima, são questões de natureza médica: Tinha o paciente doença mental? qual? Tinha desenvolvimento mental incompleto? ou desenvolvimento mental retardado? Precisa de tratamento ambulatorial? Precisa de internação? Para qual tratamento? E outras questões da esfera médica, nunca jurídica, como são as questões atinentes à matéria de imputabilidade.

74. Art. 26 do CP — laudo — fundamentação — *v.* tb.

Art. 159 do CPP, p. 233.

Imputabilidade, p. 531.

Perícia, p. 689.

Não raro os laudos periciais de avaliação de insanidade mental do réu pecam por sua precária fundamentação, e, nessa qualidade, devem ser devidamente impugnados.

É comum que os peritos apenas se louvem nas informações do próprio examinando ou de parente próximo a ele, e só indiquem a própria entrevista como fundamento único do diagnóstico; entretanto, um laudo que só se baseie nessas informações e que não descreva nem discuta um exame concreto do paciente, por certo pouco ou nada adiantará de mais efetivo para se aceitar sua conclusão, seja qual for.

Não raro, todas as informações contidas nos laudos é o próprio examinando quem as presta ("nega ataques", "nega alcoolismo, tabagismo ou uso de drogas", ou "relata internações anteriores", "relata convulsões e desfalecimentos" etc.).

Outras vezes, após referir-se a algumas internações do examinando em hospital psiquiátrico (noticiadas pelo próprio examinando ou por familiar deste, sem qualquer documentação comprobatória), sem indicar época, exames, tratamento ou período de internação, os laudos passam a descrever, como só referência ao histórico da doença atual, que o examinado, há alguns anos, teria passado a apresentar distúrbios de comportamento, memória, ouvir vozes, achar que estava sendo perseguido etc. Mas, veja-se bem, são informações todas elas baseadas na anamnese fornecida pelo próprio examinado ou familiar que o acompanha — mas qual o dado objetivo que confirmaria qualquer dessas alegações? Quais os diagnósticos anteriores? Quais os tratamentos? Quais as provas materiais? Isso importa e muito, especialmente para evitar simulações ou erros de diagnóstico.

No tocante ao exame mental, como fundamento único, alguns laudos chegam a dizer coisas como estas: "comparece ao exame higienizado (ou mal higienizado), cabelo em desalinho, atenção mantida espontaneamente, orientado globalmente, memória sem alterações, pensamento curso normal, conteúdo lógico. Não apresentou sintomas produtivos; atividade explícita adequada". E daí, passam alguns laudos de imediato à conclusão: "Diagnóstico: psicose esquizofrênica" ou qualquer outra patologia mental.

Ora, são inaceitáveis laudos desse nível. A rigor, vemos que, nesses casos, os peritos só registraram no laudo informações prestadas pelo próprio examinado, e, em caso concreto que tivemos ocasião de apreciar em nossa experiência profissional, no *soi disant* exame mental, a única coisa que poderia destoar do padrão seria o "cabelo em desalinho" — e em si não teria necessariamente nada de comprometedor da saúde men-

tal o que está do lado de fora do couro cabeludo —, já que, segundo o próprio laudo, o pensamento do paciente estava normal e seu conteúdo lógico, não tendo apresentado o examinado sintomas comprometedores, ou pelo menos não os descreveram os peritos.

Em caso em que os peritos sumariamente tinham afirmado que o réu não teria tido capacidade de entender o caráter criminoso do fato — sem indicarem qualquer evidência médica que confortasse sua conclusão — pudemos questionar como o réu não teria sido capaz de entender o caráter criminoso do fato, se tudo fizera para evitar a prisão em flagrante, se invocara seu direito constitucional ao silêncio ao ser interrogado pela autoridade policial, se dera respostas coerentes ao juiz e aos peritos, que até mesmo informaram que o réu apresentava pensamento com curso normal e conteúdo lógico.

E depois, mesmo que o réu apresentasse alguma diminuição da capacidade de compreensão do caráter criminoso do fato, ou, embora compreendendo-o em parte, tivesse alguma limitação na sua autodeterminação — qual a *fundamentação* pela qual os peritos afirmariam essa limitação, se o exame até então indicava pessoa com pensamento normal e conteúdo lógico?

Depois, quais os exames complementares, quais as informações técnicas, quais os dados de valor nos quais se baseavam os peritos para afirmar que o réu seria *totalmente inimputável* (afirmação esta de cunho jurídico e não médico), quando as possíveis informações de anamnese não estavam demonstradas nem a entrevista parecia autorizar a conclusão?

Ora, são extremamente precários laudos desse nível. Devem ser recusados, até porque o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (art. 182 do Cód. Penal). Nesses casos, a prova técnica deve ser refeita, nomeando-se novos peritos, para realização de exames e laudos mais adequados.

Art. 27 da LCP

75. Art. 27 da LCP — exploração da credulidade pública — revogação

O art. 27 da Lei de Contravenções Penais (que sancionava a exploração da credulidade pública) foi revogado pela Lei n. 9.521, de 27-11-97.

76. Art. 27 da LCP — estelionato *versus* contravenção (exploração da credulidade pública) — *v.* tb.

Art. 171 do CP, p. 245.

Quando haverá crime de estelionato, previsto no art. 171 *caput* do Cód. Penal, e não a mera e já descriminalizada contravenção de exploração da credulidade pública, anteriormente prevista no art. 27 da Lei de Contravenções Penais, hoje revogada pela Lei n. 9.521/97?

Como advertiu DAMÁSIO E. DE JESUS, em se tratando da antiga contravenção do antigo art. 27 da Lei de Contravenções Penais, "o ânimo de lucro não é exigido pela figura típica. Se o sujeito visa à obtenção de lucro, ludibriando pessoa determinada, responde por estelionato, que absorve a contravenção" (*Lei das Contravenções Penais anotada*, p. 86, ed. Saraiva, 1993; *JTACrimSP*, *89*:323).

Art. 28 do CPP

77. Art. 28 do CPP — requerimento de arquivamento do inquérito policial não submetido ao Judiciário

Se o Ministério Público arquiva representação do ofendido, sem submeter a promoção de arquivamento ao órgão judiciário competente, caracteriza-se a inércia ministerial, que enseja ajuizamento de ação penal privada subsidiária (*RTJ*, *118*:130, *HC* n. 63.802-RJ, STF Pleno, j. 16-4-86, rel. Min. Sydney Sanches,

DJU, 6-6-86, p. 9.932 — caso de crime de competência originária de tribunal local).

Art. 29 do CP

78. Art. 29 do CP — concurso de pessoas — *v.*

Art. 29 do CP (autoria colateral), p. 83.

Art. 29 do CP (autoria mediata), p. 83.

Art. 29, § 1º, do CP, p. 87.

Art. 155, § 4º, IV, do CP (presença do co-autor no local da execução do crime), p. 199.

Art. 341 do CP (crime de mão própria), p. 331.

Art. 349 do CP (favorecimento real), p. 338.

Co-autoria em crime culposo, p. 85.

Conivência, p. 426.

79. Art. 29 do CP — comportamento especificado — quando se exige — *v.* tb.

Art. 41 do CPP, p. 104.

Como regra, exige-se que a denúncia descreva o comportamento especificado de cada réu, como primeiro requisito do exercício do próprio direito de defesa. Assim, como já anotou o Supremo Tribunal Federal, "o sistema jurídico vigente no Brasil — tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático — impõe ao Ministério Público a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do *due process of law*, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta

individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas" (*HC* n. 73.590-SP, STF, 1ª T., rel. Celso de Mello, j. 6-8-96, v.u., *DJU*, 13-12-96, p. 50.162).

80. Art. 29 do CP — comportamento especificado — quando se dispensa

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, "não há dúvida de que a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP) e que, em se tratando de autoria coletiva, é indispensável que a peça inicial da ação penal descreva, ainda que resumidamente, a conduta delituosa de cada um dos participantes (RE n. 75.401-SP, rel. Min. Bilac Pinto). Todavia, o cumprimento dessas exigências formais pressupõe que as indagações policiais forneçam ao órgão do Ministério Público as mencionadas circunstâncias e particularidades. Omisso ou falho que seja o inquérito a respeito das circunstâncias do fato criminoso ou da participação individual dos seus co-autores, nem por isso o órgão do Ministério Público estará impedido de oferecer a denúncia, visto que, para a instauração da ação penal, basta a prova da existência do crime e indícios da autoria" (*RTJ*, *100*:116).

Ou ainda, como reconheceu a mesma Corte, não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada indiciado teve no delito, mas nem por isso estará impedido de oferecer denúncia contra eles, sendo, em alguns casos, condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento de comportamentos individualizados, tomados em momento de privacidade dos agentes (*RTJ*, *101*:563[6]; no mesmo sentido, cf.

6. No caso, tratava-se de crime societário. A propósito, *v.* verbete seguinte, na p. 83.

JTACrim, *92*:102). "Tratando-se de crime societário[7], a participação de cada acusado deve ser apurada no curso da instrução, sendo, pois, insuficiente para justificar o trancamento da ação penal a circunstância de a denúncia não descrever de forma individualizada a conduta de cada indiciado, se isso não prejudica o pleno exercício do direito de defesa" (*RHC* n. 65.491-SP — *RTJ*, *125*:1053, *RHC* n. 65.369-SP — *RTJ*, *124*:547; *HC* n. 75.774-RJ, j. 12-5-98, *Informativo STF*, 110).

Mister seria individualizar a conduta dos agentes apenas se o inquérito tivesse esclarecido terem eles tido comportamento díspar (por exemplo, se um dos agentes tivesse planejado o crime, executado por outro deles; ou se um deles tivesse ficado fora, dando cobertura, enquanto outro entrasse no lar para furtá-lo, e daí por diante). Ou seja, a necessidade de descrição individualizada do comportamento dos réus pressupõe que tenham tido eles comportamentos distintos, como, num furto, a do agente que vigia para o outro subtrair: sem essa descrição, e sem o ajuste de vontades, não haveria como colher, na co-autoria, o comportamento dos diferentes réus, que participam da realização do tipo, embora nem todos eles executem diretamente a ação típica.

Já em crime de autoria conjunta ou coletiva, não é indispensável a especificação da conduta de cada agente, até mesmo porque não raro isto não seria mesmo possível (*JTACrim*, *89*:443; *RJTJSP*, *76*:280; *RTJ*, *104*:1052, *100*:116, *101*:563, *95*:549, *68*:62, *66*:696; *JSTJ-Lex*, *28*:237; *v.* tb. nosso *Manual do Promotor de Justiça*, 2ª ed., p. 592, e nosso parecer em *Justitia*, *174*:107). A individualização das condutas nos crimes de autoria coletiva só é admissível quando a natureza dos fatos denunciados permita a descrição pormenorizada do comportamento de cada agente (*RT*, *730*:487-STJ). Por isso que só se exige seja a conduta de cada agente individualizada na denúncia quando se apresenta

7. A propósito, *v.* verbete próprio, na p. 83.

diferenciada entre si, a revelar ato isolado e distinto, ainda que convergente para o fim comum (*RJDTACrim*, *24*:134).

81. Art. 29 do CP — autoria colateral — *v.* tb.

Art. 29 do CP (autoria mediata), p. 83.

Segundo VON LISZT, a *autoria colateral* consiste em que todos os que participam da ação são responsáveis, solidariamente.

82. Art. 29 do CP — autoria colateral — jogo do bicho — *v.* tb.

Jogo do bicho, p. 539.

Dentro do conceito de *autoria colateral*, tomemos por exemplo o chamado *jogo do bicho*: tanto o banqueiro, o intermediário ou o comprador são atingidos pela norma de extensão, "porque qualquer deles, figurando como autor, empreendedor ou agente, conjunta ou separadamente, está, nessa qualidade, praticando uma contravenção" (JOSÉ DUARTE, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, art. 58, ed. Forense, 1944).

83. Art. 29 do CP — autoria mediata — *v.* tb.

Art. 29 do CP (autoria colateral), p. 83.

Verifica-se a chamada autoria mediata quando um agente pratica ação típica por intermédio de outrem que atua sem culpabilidade (ANÍBAL BRUNO, *Direito penal*, II/267, ed. Forense, 1967). Nesse caso, não há concurso de agentes, já que a segunda pessoa age como instrumento da primeira, sem o elemento subjetivo necessário à configuração da infração (por exemplo, quem, sob coação física irresistível, pratica um fato criminoso, na verdade não comete a ação típica; quem a comete, verdadeiramente, é o coator).

84. Art. 29 do CP — crime societário — *v.* tb.

Art. 29 do CP (comportamento especificado), p. 81.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, atento às peculiaridades do crime societário, não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada indiciado teve no delito, o que não lhe obsta a possibilidade de dar denúncia nesses casos (*RTJ*, *101*:563).

Entretanto, há de seguir critérios essa possibilidade de estender subjetivamente a denúncia, pois "o simples ingresso formal de alguém em determinada sociedade civil ou mercantil — que nesta não exerça função gerencial e nem tenha participação efetiva na regência das atividades empresariais — não basta, só por si, especialmente quando ostente a condição de quotista minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal. A mera invocação da condição de quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso, não constitui, nos delitos societários, fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. A circunstância objetiva de alguém meramente ostentar a condição de sócio de uma empresa não se revela suficiente para autorizar qualquer presunção de culpa e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a decretação de uma condenação penal" (*HC* n. 73.590-SP, STF, 1ª T., rel. Celso de Mello, j. 6-8-96, v.u., *DJU*, 13-12-96, p. 50.162).

85. Art. 29 do CP — co-autoria — norma de extensão da punibilidade — *v.* tb.

Art. 308 do CP (concurso de pessoas), p. 311.

Em tese, mesmo que o réu não tenha ingressado diretamente no campo da tipicidade, as regras do concurso de agentes podem cobrir sua conduta, desde que de alguma forma tenha ele concorrido para sua execução. O art. 29 do Cód. Penal é uma verdadeira *norma de extensão da punibilidade,* para nos valermos de expressão consagrada de GIUSEPPE BETTIOL, pois, para in-

criminar atividades que mais diretamente estariam fora da descrição do tipo, desde que se parta de uma noção restritiva de autor, "são necessárias normas particulares que alarguem a esfera da incriminabilidade da norma principal a comportamentos que, por si mesmos, não caberiam nela, mas que, no entanto, se apresentam sempre como merecendo punição" (*Direito penal*, v. III, p. 220-1, Coimbra, 1973).

Não se poderia, nesses casos, dizer que a participação não teria sido *conditio sine qua non* para o resultado. A atividade cúmplice não é necessariamente uma condição causal, mas condição legal, ainda que não indispensável para o evento. Nesse sentido, é a lição de CESARE PEDRAZZI sobre a norma de extensão da *fattispecie*: "os que cooperam fora da realização típica se equiparam ao autor por força de norma especial da parte geral do Código, que tem, como diz BETTIOL, função integradora e é propriamente norma extensiva da punibilidade. É nesse sentido que se pode dizer, com M. E. MAYER, que a teoria da participação é, de um lado a outro, criação da lei" (*Il concorso di persone nel reato*, p. 32). Nesse caso, não nasce uma nova figura de delito, mas uma figura subsidiária do tipo principal.

Assim, não seria jurídico dizer que um cúmplice que fica dentro do carro, assegurando a fuga dos companheiros assaltantes, não está participando do roubo. Certamente que não participa da *subtração* enquanto tipo principal, mas concorre de qualquer modo para o crime, ainda que sua presença possa não ser condição necessária ou mesmo suficiente para o resultado. Nesse sentido, o art. 29 do Cód. Penal pode ser considerado uma norma penal de integração.

86. Art. 29 do CP — concurso em crime culposo — *v. tb.*

Co-autoria – norma de extensão da punibilidade, p. 84.

A jurisprudência e a doutrina têm admitido a co-autoria nos crimes culposos, especialmente nos delitos de trânsito.

"Co-autoria — Delito culposo de trânsito — Agente que entrega motocicleta a pessoa não habilitada — Caracterização — Inteligência do art. 29 do CP — Condenação decretada. É indiscutível a co-autoria nos delitos culposos de trânsito, caracterizada pela conduta de quem entrega veículo a motor a pessoa que sabe não ter habilitação legal para dirigi-lo, incidindo, assim, no art. 29 do CP" (*RJDTACrim*, *7*:59, rel. Wálter Tintori).

"Concurso de agentes — Agente que colabora para o êxito do fato criminoso — Absolvição pretendida — Inadmissibilidade — Condenação mantida. No concurso delinqüencial não é necessário que todos os partícipes consumem atos típicos de execução: para ser alguém co-responsabilizado, basta que tenha colaborado, auxiliado ou instigado, prestigiando ou encorajando a atuação dos executores diretos" (*RJDTACrim*, *7*:62, rel. Nogueira Filho).

"Homicídio culposo — Co-autoria — Menor inabilitado que, com a permissão de seu pai, dirige com imperícia e manifesta imprudência veículo automotor, atropelando e matando menor — Responsabilidade do genitor — Condenação mantida. Reconhece-se a co-autoria em crime culposo no caso de agente que, tendo plena consciência de ser seu filho menor e portanto legalmente impedido de dirigir veículos automotores, permite que este pilote automóvel de sua propriedade, vindo este a atropelar e matar uma criança" (*RJDTACrim*, *8*:118, rel. Nogueira Filho).

Assim, mesmo que o réu não tenha ingressado diretamente no campo da tipicidade (quando não tenha sido ele quem fisicamente ou materialmente tenha diretamente cometido o fato típico), as regras do concurso de agentes podem cobrir sua conduta, desde que de alguma forma tenha ele *concorrido para sua execução*.

Naturalmente, não basta ao agente dar a direção de um veículo a uma pessoa para que seja responsabilizado como coautor de todos os crimes culposos que esta última venha porventura a cometer: será preciso que, ao fazê-lo, tenha o agente co-

nhecimento de que a pessoa, a quem dá a direção, é inabilitada, ou se acha embriagada, ou, de qualquer outro modo, esteja em condições de provocar acidentes, previsíveis nessas circunstâncias — daí o fundamento da culpa.

Com o advento do Cód. de Trânsito Brasileiro, passou-se a punir como delito autônomo a conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança (art. 310). Essa nova infração em nada elide a possibilidade de co-autoria no crime culposo, acaso superveniente. Com efeito, se a pessoa, a quem foi entregue a direção nessas condições, não se envolve em crime culposo, nem por isso deixaria de haver a infração do art. 310; mas, em caso contrário, envolvendo-se em crime culposo, e, apurando-se que para tanto concorreu, de qualquer forma, com culpa, ao entregar a direção do veículo ao causador direto do acidente, em nosso entendimento poderá haver duas infrações distintas.

87. Art. 29 do CP — participação de menor importância — *v.*

Art. 29, § 1º, do CP, p. 87.

Conivência, p. 426.

Art. 29, § 1º, do CP

88. Art. 29, § 1º, do CP — *v.*

Art. 29 do CP, p. 80.

89. Art. 29, § 1º, do CP — participação de menor importância — *v.* tb.

Art. 29, § 1º, do CP (cobertura), p. 89.

Com a redação que lhe deu a Lei n. 7.209/84, o § 1º do art. 29 do Cód. Penal permite a redução da pena imposta ao agente cuja participação seja de *menor importância*.

Pela teoria da equivalência das condições, o mero *partícipe*, ainda que não tenha diretamente realizado nenhum ato típico, responderá pelo crime, desde que contribua de qualquer modo para sua realização, seja por participação moral (instigação), seja por participação material (cumplicidade).

Entretanto, "não se trata de caso de participação de menor importância, conforme prevê o § 1º do art. 29 do Cód. Penal. Esta só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. Portanto, não é de menor importância a participação de quem atua de forma direta e ativa na ação delituosa, inclusive fugindo na posse da *res* furtiva, para retirá-la da esfera de disponibilidade e de vigilância da vítima" (*JTACrim*, *99*:234-5).

Ademais, como anotou ANÍBAL BRUNO, é participação criminosa e ativa, de relevo nada menor que a dos demais cúmplices, a atitude de quem assiste ao fato delituoso concorrendo para intimidar a vítima ou pronto para prestar auxílio eventual ao agente, embora não venha a praticar ato algum com esses fins (*Direito penal*, parte geral, t. II, p. 278, 3ª ed., Forense, 1967). Nas palavras de BENTO DE FARIA "a participação pode ser atividade material ou mesmo psíquica, entendendo-se por esta última modalidade a determinação, instigação ou mesmo encorajamento dirigido a quem realiza os atos de execução material" (Ap. n. 1.023.363-5 — TACrim, rel. Luiz Ambra).

Nessa linha de entendimento, e nos estritos termos do art. 29 do Cód. Penal, comete participação punível quem induz, persuade ou incentiva os co-executores materiais a cometer o crime a cuja execução, solidário, assiste (*RT*, *523*:433). Quem, presente à execução do crime, aplaude os co-executores materiais e encoraja sua ação, pode estar a contribuir para intimidar a vítima ou vencer-lhe a resistência. Também é partícipe quem persuade os co-executores materiais a cometerem o crime, assim

como é partícipe quem impede que terceiros socorram a vítima (*RT*, *523*:433).

Se a participação do réu foi decisiva para o evento, a tese da participação de menor importância ficará de todo desmerecida.

Entretanto, não há falar em ser o agente partícipe, ou partícipe de menor importância, se ele também pratica, pessoal e diretamente, os elementos constitutivos do tipo penal. Assim, não é meramente partícipe e sim co-executor de um roubo aquele agente que também ingressa no estabelecimento, junto com os comparsas, e efetua a subtração, enquanto seus cúmplices apontam as armas para as vítimas, ou vice-versa.

Ainda no mesmo exemplo do roubo, o fato de só um dos réus segurar a arma não torna o outro agente mero *partícipe*; no caso, como o roubo é crime complexo, em que se somam subtração e grave ameaça, se um faz a ameaça e o outro a subtração, ambos estão integrando direta e pessoalmente a hipótese fática cujo modelo é sancionado pela norma incriminadora. Igualmente relevantes, igualmente reprováveis, igualmente puníveis as ações de todos os co-executores, que, no caso, teriam concorrido para integralizar o crime complexo.

90. Art. 29, § 1º, do CP — participação de menor importância — a cobertura para o furto ou para o roubo — *v.* tb.

Art. 29, § 1º, do CP (verbete anterior), p. 87.

É possível que se estabeleça controvérsia nos autos sobre quais dos acusados entraram na casa da vítima para a subtração patrimonial e quais deles ficaram do lado de fora, dando cobertura à ação dos primeiros.

Puramente sob o aspecto da configuração em tese do ilícito, essa questão não é relevante. É compreensível que cada um dos agentes procure minimizar a própria atuação no episódio, a ponto de normalmente nenhum deles querer admitir ter sido quem entrou na casa da vítima. Mas entrar na casa da víti-

ma ou ficar fora, dando cobertura à ação de quem entrou, em ambos os casos os agentes são alcançados pela co-autoria, e em nada se altera a responsabilidade dos agentes.

E, nesse caso, sequer há cogitar de *participação de menor importância*, a que alude o art. 29, § 1º, do Cód. Penal, pois é comum que os agentes distribuam entre si as tarefas de vigiar e de escalar, ou de ingressar pelos locais arrombados ou no estabelecimento roubado para dominar as vítimas — sem que devamos distinguir um deles que só por isso tenha agido sob reprovação diferenciada. Essas divisões mais se devem a peculiaridades até mesmo físicas (a escalada costuma ser feita pelo mais hábil; o ingresso pelo local arrombado, pelo mais franzino; a intimidação com emprego de arma por quem a possui etc.). Mas nesses casos, tanto quem fica fora para dar cobertura ou assegurar a fuga dos cúmplices que entram na casa — a ação de todos tem relevância causal e não pode ser erigida à condição de participação de menor importância.

Art. 32 da LCP

91. Art. 32 da LCP — direção sem habilitação — *v.*

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

92. Art. 32 da LCP — a questão da revogação do art. 32 da LCP pelo art. 309 do CTB (Lei n. 9.503/97) — *v.*

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

93. Art. 32 da LCP — infração de perigo abstrato — *v.* tb.

Perigo concreto ou abstrato, p. 690.

Em nosso entendimento, o art. 309 do Cód. de Trânsito Brasileiro (CTB — Lei n. 9.503/97) não revogou o art. 32 da Lei de Contravenções Penais, de forma que se aplica o art. 309 quando tenha havido perigo de dano, e o art. 32 da lei contra-

vencional, quando não se tenha apurado a existência de vítima determinada[8].

O art. 32 da lei contravencional faz punir a conduta de quem se põe a *dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas*.

Assim, não basta a habilitação *de fato*; tratando-se de atividade regulamentada pelo poder público, é mister que o agente esteja *legalmente* habilitado, pois a lei não fala *dirigir sem habilitação*, mas fala em *dirigir sem a devida habilitação*.

Nas infrações contravencionais contra a incolumidade pública, quando o legislador exigiu, para a configuração do tipo, que se pusesse em risco a segurança alheia, afirmou-o expressamente, como na *direção perigosa de veículo* (art. 34 da LCP); nos demais casos, em que não fez tal exigência, a infração é de mera conduta (como no art. 32 da LCP, de que ora nos ocupamos).

Nem pode surpreender que o legislador puna comportamentos que, em abstrato, considere perigosos à coletividade: é o que faz, p. ex., em contravenções ou crimes como a posse ou o *porte de arma* (anteriormente o art. 19 da LCP e, hoje, o art. 10 da Lei n. 9.437/97), ou com o exercício ilegal de medicina (art. 282 do CP) ou de função pública (art. 324 do CP), ou com a mera *guarda* de moeda falsa (art. 289, § 1º, do CP).

O Estado considera que certas atividades humanas envolvem graves responsabilidades, como o exercício da medicina, a posse ou o porte de arma, a direção de veículos e aeronaves. Por isso, limita o exercício de funções e a prática de certos atos; desta forma, cria exigências para o exercício de profissões, impõe exames para a habilitação em certas atividades, exige registros para a fiscalização do comércio de alguns produtos. E, para dar maior eficácia ao seu comando proibitivo, validamente usando de seu *ius puniendi*, o Estado sanciona penalmente a conduta

8. Sobre a vigência do art. 32 da LCP, mesmo depois do advento do novo Código de Trânsito, *v.* verbete *Lei n. 9.503/97 (CTB)*, p. 627.

de quem pratica, *sem a devida autorização*, tais comportamentos, tidos em tese como perigosos para a sociedade.

Desta forma, pouco importa saiba atirar muito bem quem porte uma arma *sem licença*, ou seja um ás no volante quem dirija *sem habilitação*. A lei só permite que exerça essas atividades de perigo quem esteja *devidamente autorizado* à prática desses comportamentos especiais.

Ao contrário, pois, do que entende parte da doutrina e da jurisprudência, acreditamos que a infração ao art. 32 da Lei de Contravenções Penais é daquelas em que a situação periclitante é presumida pelo legislador[9] — até porque, se perigo efetivo houver, a infração será outra (art. 309 do CTB).

Já vimos que, sancionando algumas contravenções penais e crimes, o legislador objetiva punir comportamentos perigosos para prevenir desdobramentos em ações ulteriores de ainda maior perigo ou até mesmo de efetivo dano para terceiros ou para toda a coletividade. Assim, exemplificativamente, pune-se o porte de arma sem licença fora de domicílio mesmo que não haja perigo concreto para ninguém, porque, não raro, o simples porte não autorizado já facilita em tese a prática de infrações penais mais graves, algumas com resultado fático de alta lesividade (lesões corporais, homicídios, roubos etc.). Da mesma forma, pune-se a direção sem habilitação, porque o ato de guiar envolve sérias responsabilidades civis e criminais, e o legislador entendeu dever desestimular por meio da sanção penal o comportamento de quem se ponha a dirigir sem licença legal; com isto pretende coibir, abstratamente, infrações penais ulteriores mais graves, ainda que meramente culposas.

Ademais, não pode surpreender o fato de que a infração ao art. 32 da Lei de Contravenções Penais não seja contravenção de dano, embora diga a lei que toda infração penal supõe um

9. A propósito, *v.* verbete *Perigo concreto ou abstrato*, p. 690.

resultado (art. 13 do Cód. Penal e art. 1º da LCP). É certo que toda infração penal produz resultado, só que algumas produzem resultados fáticos (morte, desapossamento patrimonial, lesões etc.), e outras, resultados meramente jurídicos (como nos crimes formais e os de mera conduta, *v.g.* a ameaça).

Ora, no caso da contravenção penal de direção sem habilitação, o resultado é apenas jurídico: sem prejuízo da sanção administrativa, cuida o legislador de também impor sanção penal para um comportamento que entende de alto risco para a coletividade, assim assegurando o caráter de prevenção geral que inspira a norma sancionadora penal. Por isso que é irrelevante a questão de ter ou não o réu habilitação *de fato*.

Assim, a infração do art. 32 da Lei de Contravenções Penais não exige a prova de uma situação determinada de perigo, ou seja, "a direção de veículo sem habilitação é o quanto basta para a configuração do delito, não importando se a conduta cause ou não perigo concreto, sendo suficiente o perigo abstrato" (*RHC* n. 8.118-SP, 5ª T. STJ, j. 17-12-98, v.., rel. Min. José Arnaldo, *DJU*, 1º-3-99, p. 350; *v.*, ainda, *RT, 679*:382 e 384, *625*:300, *566*:338).

94. Art. 32 da LCP — inaplicabilidade do princípio da insignificância — *v.*

Princípio da insignificância, p. 704.

95. Art. 32 da LCP — exame médico vencido

O tipo penal da contravenção prevista no art. 32 da Lei de Contravenções Penais supõe que o réu dirija, *sem a devida habilitação*, veículo em via pública[10].

Ora, quem está dirigindo com o exame médico vencido, *não tem a devida habilitação*.

10. Sobre a vigência do art. 32 da LCP, mesmo depois do advento do novo Código de Trânsito, *v.* verbete *Lei n. 9.503/97 (CTB)*, p. 627.

O inc. V do art. 162 do atual Código de Trânsito Brasileiro — Lei n. 9.503/97 — só passa a considerar infração *gravíssima* dirigir com validade da Carteira Nacional de Habilitação vencida *há mais de trinta dias*. Admitindo-se que tenha concedido esse prazo como tolerância, até porque antes dele não haverá a correspondente punição administrativa, só após seu decurso é que presumivelmente se deverá considerar inabilitado o motorista, independentemente de, no trintídio, ter ou não sido apreendida a carteira vencida.

Com efeito, a infração do art. 32 da Lei de Contravenções Penais é infração penal de perigo. Existe para impedir que pessoas não habilitadas regularmente se ponham a dirigir veículos em vias públicas, com grande potencial de dano não só para si mesmas como também e principalmente para a coletividade. E sabe-se que não basta ter um dia tirado a habilitação: o exame médico periódico é indispensável para apurar se estão mantidas as condições de higidez física e psíquica, próprias para conferir a capacidade de guiar. Não raro o atraso em renovar uma licença é proposital e até mesmo coincide com deficiências visuais progressivas, de forma que alguns motoristas ficam muitos meses ou até anos em situação irregular, sem atualizar suas lentes corretoras ou até em situação quiçá ainda mais grave, pondo em risco a segurança de todos, à direção de veículos que não mais estão autorizados a dirigir.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Contravenção penal — Direção de automotor com exame médico, para habilitação, vencido — Equiparação à direção inabilitada de veículo — Inteligência do art. 32 da LCP — Infração configurada. Não ter habilitação legal para dirigir veículos automotores, ou estar com o respectivo exame médico, periódico, indispensável e obrigatório, além de eliminatório, vencido, são dados equivalentes para a tipificação da figura contravencional prevista no art. 32 da LCP, sendo irrelevante ter o agente, após os fatos, obtido a aprovação médica para continuar dirigindo" (*RJDTACrim*, *5*:64, rel. Lourenço Filho).

Assim, tivesse havido um engano do agente por um ou outro dia, algo que não indicasse estar ele claramente a infringir normas de segurança e prevenção em defesa da coletividade, e outra poderia ser a solução do caso concreto, e realmente poderia ser caso de absolvição.

Contudo, se o prazo de habilitação está vencido há meses, o comportamento do agente passa a ter interesse não só administrativo como penal[11].

Art. 33 do CP

96. Art. 33 do CP — penas privativas de liberdade — aplicação — *v.*

Art. 33, § 2º, do CP, p. 95.

Prisão albergue, p. 706.

Prisão albergue domiciliar, p. 707.

Regime da pena, p. 730.

Regime na execução, p. 732.

Art. 33, § 2º, do CP

97. Art. 33, § 2º, do CP — penas privativas de liberdade — aplicação *v.*

Prisão albergue, p. 706.

---

11. Há entendimentos em sentido contrário, que não nos convenceram, porém. Para alguns, dispositivos como o art. 32 da LCP ou o 309 do CTB não poderiam ser interpretados isoladamente; assim, não se poderia equiparar a situação jurídica de quem se achava com exame de vista vencido à de quem sequer prestou exame para tirar carteira de habilitação, ou, tendo-o prestado, nele teria sido reprovado. Nessa linha de entendimento, dirigir com habilitação vencida seria, pois, ilícito meramente administrativo e não contravencional (*RT*, *695*:386-STJ; cf., também, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei das Contravenções Penais anotada*, art. 32, ed. Saraiva, 1993).

Prisão albergue domiciliar, p. 707.

Regime da pena, p. 730.

Regime na execução, p. 732.

98. Art. 33, § 2º, do CP — é obrigatório regime fechado para réu reincidente — *v.* tb.

Reincidência, p. 733.

As penas privativas de liberdade devem ser executadas de maneira progressiva, sendo obrigatório o regime inicial *fechado* em duas hipóteses: ***a)*** para o condenado a pena superior a 8 anos (CP, art. 33, § 2º, *a*); ***b)*** para o condenado reincidente em crime doloso (*a contrario sensu* do art. 33, § 2º, letras *b* e *c*, do CP). Com efeito, quanto às penas inferiores a 4 anos, o condenado não reincidente poderá cumpri-las em regime inicial aberto (CP, art. 33, § 2º, *c*), o que, *a contrario sensu*, indica que, se reincidente, não poderá cumpri-las em regime inicial aberto (CP, arts. 33, § 3º, e 59, III).

Não nos parece admissível regime inicial aberto para reincidente: esse também é o ensinamento de MIRABETE (*Manual de direito penal*, I/245, ed. Atlas, 6ª ed., 1991), e também o entendimento jurisprudencial mais adequado (*JTACrim*, *95*:244; *JSTJ*, *8*:192), embora não nos seja desconhecida a existência de inúmeras decisões em sentido contrário (*v.g.*, Ap. 877.893-1-Marília, TACrim, 16ª Câm., v.u., rel. Eduardo Pereira, j. 23-6-94; *RJTJSP*, *122*:479).

99. Art. 33, § 2º, do CP — não é obrigatório regime fechado para réu reincidente — *v.* tb.

Reincidência, p. 733.

“Dispõe o art. 33, § 2º, *b*, do Cód. Penal, que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá cumpri-la desde o início no regime semi-aberto. Assim, para que se esteja diante da hipótese invocada, buscam-se dois requisitos: que o condenado não seja reincidente e ao

mesmo tempo que o montante de sua condenação situe-se entre os limites de 4 a 8 anos. Já o item *c* do mesmo dispositivo prevê a situação do não reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, permitindo-lhe, observados os pressupostos, cumprimento em regime aberto desde o início. A bem examinar a questão em tela, nota-se que, sendo o apelado reincidente mas condenado a pena inferior a 4 anos, a rigor sua situação não está prevista. Fica, então, conferido ao poder discricionário do magistrado a fixação do regime prisional, que só não pode ser o aberto, por expressa vedação legal” (Ap. 877.893-1-Marília, TACrim, 16ª Câm., v.u., rel. Eduardo Pereira, j. 23-6-94).

Sobre o caráter compulsório, ou não, do regime fechado para reincidentes, já se entendeu que a lei, nesse assunto, rege-se pelo sistema de degraus: fechado, semi-aberto e aberto. O que está estatuído é que penas superiores a 8 anos cumprem-se, não há fugir, em regime fechado. Entre 4 e 8 anos, em alguns desses dois regimes (fechado ou semi-aberto), conforme seja ou não reincidente o réu. De 4 anos ou inferiores, facultativamente em regime aberto, ao não-reincidente, vedado o regime aberto aos reincidentes. Mas “não se encontra, mesmo cuidadosamente refletindo sobre os termos legais, algo que imponha, por esta última categoria (penas até 4 anos e condenado reincidente), compulsoriamente o regime em fechado. Há, em verdade, nada que obstaculize o regime semi-aberto” (*RJTJSP*, *122*:479, rel. Ary Belfort).

Art. 34 da LCP

100. Art. 34 da LCP — quantidade de álcool no sangue — *v.*

Embriaguez, p. 495.

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

101. Art. 34 da LCP — perigo concreto ou abstrato — embriaguez — *v.* tb.

Embriaguez, p. 495.

Perigo concreto ou abstrato, p. 690.

O art. 34 da Lei de Contravenções Penais exige que se *ponha em perigo a segurança alheia*.

Respeitados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, pensamos que, quem está totalmente embriagado e se põe a dirigir um carro em vias públicas, só por isso já realiza comportamento de alto perigo para a coletividade. Desta forma, não se pode deixar de reprovar quem assuma a direção de um veículo, que tem grande potencial de dano, em estado tal de comprometimento (*RJDTACrim*, *7*:66, *4*:63, *3*:95).

Tratando-se de infração contra a incolumidade pública, o que se pune é o risco provocado à população; para sua configuração, não se exige, ao contrário do que se dá com outras infrações penais, que alguém *em concreto* tenha sofrido risco à vida ou integridade física. Desde que o local da infração tenha sido via pública ou acessível ao público, o risco de ofensa à incolumidade pública está conseqüentemente presente. Por isso que, no caso da contravenção do art. 34 da LCP, "não se exige a prova de ter havido perigo concreto à preservação da vida ou integridade física de pessoa determinada" (*RJDTACrim*, 7:132, *2*:76; *v.* tb. *RJDTACrim*, *18*:51-2, *17*:82, *15*:71, *14*:67).

Nem se alegue que, sob embriaguez, o agente não teria colidido seu carro, nem feito manobra imprudente ou arriscada, e que a rua, no momento, estava sem trânsito de outros veículos, de forma que, assim, não teria havido risco para a coletividade. Na verdade, a ciência demonstra o comprometimento dos sentidos quando o agente está sob os efeitos da embriaguez, de forma que, mesmo sozinho, pode perder a direção de seu veículo, subir numa calçada, colidir com o muro ou a parede de uma casa habitada. Risco sempre há para a coletividade, quando alguém, sob embriaguez, dirige em vias públicas uma máquina dotada de grande poder de destruição, como são os veículos automotores.

102. Art. 34 da LCP — sinal de trânsito — passar semáforo fechado

Consideremos a hipótese em que, à direção de um veículo em vias públicas, o agente ultrapassa sinal de trânsito que lhe seja desfavorável.

Temos entendido que a contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais supõe perigo *abstrato* à coletividade. Tratando-se de infração contra a incolumidade pública, o que se pune é o risco provocado à população, não se exigindo que alguém *em concreto* tenha sofrido risco à vida ou integridade física. Entretanto, daí não se pode concluir que todo e qualquer descumprimento de regra de trânsito seja, por si só, apto a configurar a contravenção de direção *perigosa* em via pública. Assim, se alguém apenas passa um sinal fechado num cruzamento vazio, está certamente violando a lei de trânsito, mas não está colocando ninguém em perigo, seja perigo concreto, seja abstrato.

A situação não é igual à da direção sob embriaguez. Temeroso de ser assaltado, pode um motorista passar atentamente um sinal de trânsito fechado, numa rua sem movimento em plena madrugada, e nessas circunstâncias, pode efetivamente não gerar perigo algum a ninguém. Mas, dirigindo embriagado um veículo em vias públicas, a cada metro do percurso o motorista pode colidir com outro veículo; além disso, mesmo que outros veículos não estejam transitando na rua naquela hora, até mesmo sozinho o motorista pode perder a direção, sair da via pública e atropelar um pedestre na calçada, ou, em certos casos, pode derrubar um muro, uma parede, e lesionar quem esteja em casa.

A propósito, *v.* verbete anterior, 97.

Art. 38 do CP

103. Art. 38 do CP — direitos do preso — *v.*

Direitos políticos – sursis, p. 484.

Cf., ainda, arts. 15, III, da CF; arts. 3º e 41 da LEP.

Art. 38 do CPP

104. Art. 38 do CPP — representação — *v.*

Decadência, p. 466.

Representação – cautelas, p. 736.

Representação do ofendido, p. 735.

Art. 39 do CPP

105. Art. 39 do CPP — representação — *v.*

Ação penal privada, p. 40.

Art. 44 do CPP (queixa), p. 115.

Queixa – requisitos, p. 721.

Representação, p. 735.

106. Art. 39 do CPP — mandato criminal — *v.*

Mandato criminal, p. 650.

107. Art. 39 do CPP — representação contra um réu — denúncia contra todos — *v.* tb.

Art. 41 do CPP, p. 104.

"Representação da vítima e denúncia. O fato de a representação da vítima haver sido feita contra um dos co-réus, não impede que a denúncia seja oferecida quanto aos demais. *HC* n. 77.356-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 25-8-98" (*Informativo STF*, 120).

108. Art. 39 do CPP — representação — ausência de formalidades

Na representação oferecida pela vítima, em crime de ação pública condicionada, deve-se ter o cuidado de descrever o fato criminoso cuja apuração se pretende, como decorre do escopo da própria lei (CPP, art. 39, § 2º).

Não raro, porém, a representação, em descompasso com o § 2º do art. 39 do Cód. de Processo Penal, deixa de descrever os fatos que possam ter dado causa a ela própria. Entretanto, se o termo colhido exterioriza a manifestação inequívoca da vítima de que o agente seja processado pelo crime de ação pública condicionada, que vem identificado pelo boletim de ocorrência feito sob reclamo da própria vítima e que acompanhe, ou vem narrado nas declarações da própria vítima, simultânea ou anteriormente tomadas, ou se a representação dirigida à autoridade se reporta ao boletim de ocorrência que a acompanha, e neste se descrevam os fatos, — em todas essas hipóteses deve-se ter como adimplida a exigência da lei, ainda que não se tenham observado rigores formalísticos na coleta da representação.

109. Art. 39 do CPP — queixa recebida como representação — *v.* tb.

Queixa, p. 721.

Representação, p. 735.

Em crimes de ação pública condicionada, se o ofendido, em vez de oferecer representação, ajuizar tempestiva, embora inepta queixa-crime, terá manifestado inequívoca intenção de que o ofensor seja criminalmente responsabilizado, o que equivale à própria representação, desconsiderados os rigores formalísticos.

Assim, posto inepta a queixa-crime para os fins de instaurar a ação penal, nem por isso deixa de externar ao juízo a intenção inequívoca do ofendido no sentido de que sejam responsabilizadas criminalmente as pessoas que acusou. A jurisprudência tem admitido que a manifestação de vontade na representação não precisa ter rigores formalísticos (*RTJ*, *95*:578, *75*:322, *71*:409; *JTACrim*, *61*:187; *RT*, *500*:310; STF, *HC* n. 67.181, *DJU*, 30-6-89; STJ, *RHC* n. 7.563).

E, com efeito, o direito de representação se funda, em última análise, no *direito de petição*, constitucionalmente assegura-

do. Se, embora cabível a ação penal pública condicionada, o ofendido se valeu da queixa, será carecedor da ação, não há dúvida; contudo, se não se pode tomar sua petição como peça inaugural da ação penal, por ilegitimidade ativa, ao menos não se há de negar seja ela pelo menos uma manifestação inequívoca da vontade do ofendido de que o ofensor seja processado. Sem rigor formalístico, sua petição, conquanto imprestável para instaurar a ação penal, vale, de forma insofismável, como representação, dada a informalidade que a caracteriza.

110. Art. 39 do CPP — representação — não importa o *nomen juris* dado aos delitos nela descritos nem os artigos de lei nela invocados

Suponhamos que o ofendido represente ao Ministério Público contra o ofensor, pedindo sua responsabilização pelos fatos nela narrados, que a representação qualifica como tais ou quais crimes, especificadamente. O *nomen juris* dado aos crimes pela representação em nada vincula, porém, o órgão do Ministério Público, quando dê a denúncia; nem o vincula a mera classificação legal que o representante dê aos fatos descritos na representação (referência aos artigos de lei supostamente violados).

Pode haver divergência entre representação e denúncia na *classificação legal dos fatos*, não na sua descrição. Ora, sabe-se que a representação do ofendido não obriga o Promotor de Justiça, no oferecimento da denúncia, a aceitar a *definição jurídica* que o representante tenha entendido dar aos fatos (*RT*, *448*:344, *332*:77; no mesmo sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Cód. de Processo Penal anotado*, ed. Saraiva, art. 39).

Se os fatos, coincidentes com os da representação, foram corretamente descritos na denúncia, e se, por exemplo, esses fatos são calúnia ou difamação, isto é mera questão de *nomen juris* da infração: *nesse ponto*, a representação não vincula a denúncia, assim como a denúncia não vincula a sentença. Por isso que a sentença não pode condenar o réu por outros fatos que não lhe foram imputados na denúncia, mas pode dar-lhes outra

qualificação jurídica, desde que esta corresponda integralmente à correta descrição típica contida na denúncia.

111. Art. 39 do CPP — omissões da representação

As *omissões* da representação não se confundem com a *ausência* da própria representação. No segundo caso, não há representação alguma, enquanto no primeiro, existe uma representação imperfeita, cujas omissões poderão ser supridas na forma do art. 569 do Cód. de Processo Penal.

Entretanto, em faltando a própria representação, nos casos em que a ação pública é condicionada a ela, será caso de carência, e o Juiz poderá e deverá rejeitar a denúncia (art. 43, III, do CPP); mas, se por erro for a denúncia recebida, a falta da representação poderá ser apontada a qualquer tempo (art. 564, III, *a*, do CPP), sanando-se, porém, se for ofertada a representação antes de vencido o prazo de caducidade.

Com efeito, sendo dinâmicas as condições da ação, devem elas estar presentes *quando se propõe a ação*, e devem manter-se presentes *até o advento da prestação jurisdicional*. Em faltando uma condição da ação quando da sua propositura, será caso de carência; se essa condição não for adimplida no curso da ação, a qualquer momento poderá ser ainda decretada a carência; contudo, se a condição faltante for adimplida antes da extinção do processo, por aquele fundamento a carência não mais poderá ser decretada. Ou seja, "ausente uma das condições da ação quando de seu ajuizamento, mas implementada no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito" (Nery e Nery, *Código de Processo Civil comentado*, nota ao art. 267, ed. 1996; Liebman, *Manuale de diritto processuale civile*, p. 144-5, ed. 1974).

112. Art. 39 do CPP — representação — crime contra os costumes — vítima pobre — pobreza

Nos crimes contra os costumes, procede-se mediante ação pública condicionada a representação, se a vítima não puder prover às despesas do processo (art. 225, § 1º, I, do CP).

Basta que a vítima, ou seus pais, não possam prover às despesas do processo *sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família*, para que seja admitida a ação pública condicionada. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Atentado violento ao pudor. Concurso material. Mesmo crime cometido em datas diferentes. Vítima menor de 14 anos. Presunção de violência. Alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público. Ausência da condição de miserabilidade dos representantes legais. Precedentes do STF no sentido de que o conceito de miserabilidade abrange pessoas de condição modesta ou até mesmo de classe média. Ordem denegada" (no *HC* n. 75.516-0, 2ª T., *DJU*, 6-3-98, *Informativo STF*, n. 101).

Art. 41 do CPP

113. Art. 41 do CPP — denúncia — *v.*

Art. 29 do CP (comportamento especificado dos réus), p. 80.

Art. 39 do CPP (representação e denúncia), p. 100.

Art. 247 do ECA (nome de menores na denúncia), p. 287.

Denúncia – diversos, p. 471.

Denúncia – rejeição, p. 478.

114. Art. 41 do CPP — denúncia — falta de assinatura

Qual o tratamento jurídico a ser dado aos processos criminais, nos quais a denúncia não esteja assinada, mas, inadvertidamente, foi ela recebida e está o feito em pleno andamento, quando se percebe a falha?

Desde que seja indisputada a autoria da peça inicial, tratar-se-á de mera irregularidade, não de nulidade, como já têm decidido nossas Cortes (*RTJ*, *83*:744 e 746, e *RTJ*, *71*:844-STF; *HC* n. 98.550-TACrim e RCr 225.641-TACRim, *RT*, *520*:433-TACrim, *RJDTACrim*, *8*:271-STF; *RJDTACrim*, *8*:199-TACrim; *RJTJSP*, *119*:475), seguindo a esteira da lição de EDUARDO

ESPÍNOLA (*Código de Processo Penal anotado*, I, p. 427, n. 107, Ed. Rio, 1976).

Com efeito, se no caso for indisputada a autenticidade da peça, confirmada pelos termos de vista e de recebimento dos autos, bem como pela cota assinada lançada pelo Promotor que ofereceu a denúncia, como enfim pelo despacho judicial que a recebeu, não há porque nulificar o processo por causa da mera irregularidade formal.

115. Art. 41 do CPP — denúncia — falta de data da denúncia

Discorrendo sobre os requisitos das denúncias, bem anotou EDUARDO ESPÍNOLA FILHO que "a falta de data, mesmo não sanada no tempo da lei, em nada pode afetar a validade dessas peças, de vez que o termo de recebimento, lavrado nos autos pelo escrivão, dará o resultado de constatar, firmemente, o dia da apresentação da denúncia" (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, vol. I, n. 107, p. 426, 5ª ed., Ed. Rio, 1976).

116. Art. 41 do CPP — denúncia — falta de menção à data dos fatos criminosos — *v.* tb.

Art. 41 do CPP, p. 105.

Lei n. 9.271/96 (data incerta do crime), p. 618.

Não é inepta a denúncia que omita referência a dia e hora da prática do crime, se esses dados forem supríveis com os elementos constantes dos autos (nesse sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 41, ed. Saraiva, 1991; cf., ainda, *RT*, *660*:283, *440*:372), mormente se tal omissão não causou cerceamento ou embaraço à defesa (*RT*, *423*:368).

Ainda no mesmo sentido, cf. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, vol. I, n. 106, p. 419, 5ª ed., Ed. Rio, 1976.

117. Art. 41 do CPP — denúncia — falta de indicação do nome ou qualificação das testemunhas

Abandonado o sistema da sacramentalidade dos ritos e das fórmulas do processo, sem que se surpreenda ou prejudique a defesa, tem-se admitido possa a denúncia reportar-se aos elementos já contidos no inquérito policial, no qual se baseou a própria denúncia. Como bem anotou ESPÍNOLA, reportando-se a lição de MANZINI, para a perfeição formal da denúncia, basta que contenha, com clareza, "a manifestação da vontade de informar à autoridade judiciária acerca da perpetração de um crime, e uma exposição de fatos, com eventual indicação de pessoas e de provas" (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 5ª ed., Ed. Rio, 1976, vol. I, n. 107, p. 426). Assim, uma irrelevante omissão, "perfeitamente sanável, e suprível com elementos dos próprios autos, não pode constituir nulidade, que nem mesmo nos parece admissível" (*op. cit.*, n. 106-7, p. 419 e 427; *RT*, *195*:99).

118. Art. 41 do CPP — denúncia — erro na indicação de local e data dos fatos

Como bem ensina ESPÍNOLA, a orientação dos tribunais não tem prestigiado excessivos rigores formalísticos da denúncia sempre que a menção correta à data dos fatos ou ao local do crime exista no inquérito, no qual se baseie a acusação inicial. "Assim, uma omissão perfeitamente sanável, e suprível com elementos dos próprios autos, não pode constituir nulidade, que nem mesmo nos parece admissível, quando, na queixa ou na denúncia, haja errada ou falsa designação do lugar e da data, salvo se a defesa demonstrar, de modo cabal, ter, baseada nesse erro, feito uma prova diversa da que dispunha, atendendo ao tempo e lugar diferentes" (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 5ª ed., Ed. Rio, 1976, vol. I, n. 106, p. 419).

119. Art. 41 do CPP — denúncia — requisitos — *v.* tb.

Art. 44 do CPP (queixa – requisitos), p. 115.

A denúncia deve descrever com clareza todos os elementos dos tipos penais cuja violação imputa ao réu, dando todas as circunstâncias necessárias para o exercício da ampla defesa. Nela, devem ficar respondidas as seguintes questões: *quem, quando, onde, os meios, o que, por que* e *como* foi o crime praticado (*v.* JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *O processo criminal brasileiro*, Freitas Bastos, 1956, v. 2, n. 305, p. 183).

Falando sobre a denúncia ou queixa, em clássica lição, assim se manifestou o insigne JOÃO MENDES JÚNIOR, retomando a lógica aristotélica: "É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes" (*Processo criminal brasileiro*, v. II, p. 183, ed. Freitas Bastos, 1959).

Outrossim, não é a denúncia uma aleivosia contra o réu, e sim deve ser acusação responsável, a indicar fatos e circunstâncias, tornando-se assim a primeira garantia da própria defesa. A denúncia é uma imputação responsável de um fato criminoso a alguém[12].

120. Art. 41 do CPP — denúncia — *factum simplex*

Muitas vezes a denúncia descreve os fatos criminosos de forma sucinta e não indica, detalhadamente, cada passo da ação criminosa, no desdobramento dos inúmeros fatos simples que a compõem. Nesses casos, seria possível argüir que a denúncia

---

12. "Uma coisa é maldizer, outra é acusar. A acusação investiga o crime, define os fatos, prova com argumentos, confirma com testemunhas; a maledicência não tem outro propósito senão a contumélia" (Cícero, no exórdio da defesa de Cœlio).

não contém a indicação clara e precisa dos fatos em que se funda, e estaria a levar a cerceamento de defesa?

Suponhamos que a denúncia impute ao réu o fato de que, na qualidade de síndico de uma falência, em tais épocas e em tais lugares, desviou, em proveito próprio, tais bens da massa falida. Ser-lhe-ia necessário descrever quais veículos usou para o transporte? Em quantas viagens? Quem dirigia os veículos? Quais bens desviou primeiro?

Ora, as questões fáticas e jurídicas, de cuja existência efetivamente depende a procedência da denúncia (os fatos constitutivos do direito invocado na inicial), devem ser adequadamente narradas na denúncia para que possam ser bem compreendidas pelo réu e pela defesa, que a respeito deles deve poder manifestar-se com total liberdade e adequação no exercício de seu nobre *munus*, com pleno conhecimento de causa.

Embora sucinta, a denúncia deve ser clara na descrição dos fatos e precisa na sua adequação jurídica, de forma a permitir cabal exercício da defesa, para que esta possa discutir na inteireza os fundamentos de fato e de direito da ação penal, deles denotando plena compreensão.

Assim, não se justificaria a inconformidade do réu com o fato de não ter a denúncia descrito, no exemplo acima, como é que ele, ou seus acólitos, entraram no estabelecimento da vítima, de que modo foi retirado cada um dos bens subtraídos.

Ora, a denúncia não é nem pode ser um relatório de centenas de pormenores, minudenciando coisas impossíveis e só conhecidas do próprio réu, e, em certos casos extremos talvez desconhecidas até dele mesmo, como o nome de cada um dos motoristas que fizeram as cargas ilícitas, alguns possivelmente até de boa-fé, ou as placas dos caminhões usados no desvio de bens da massa, ou a destinação de cada um dos inúmeros bens desviados pela quadrilha etc.

Em conceitos da ciência processual civil, em tudo aplicáveis à ciência judiciária penal, com muita propriedade CALMON

DE PASSOS distinguiu entre o *fato jurídico* e os chamados *fatos simples*: o fato jurídico que deve ser alegado na inicial e deve ser provado na instrução é "o fato típico, aquele acontecimento do qual derivam as conseqüências jurídicas" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, n. 123.1, 3ª ed., Forense, 1979); entretanto, milhares de pequenos fatos compõem o fato jurídico (como o modo pelo qual o réu foi até o local do crime, a pé, de carro ou de ônibus; se foi usado um só caminhão para duas viagens, ou dois caminhões para uma única viagem, e daí por diante). Mas os fatos simples não se sujeitam à descrição na inicial nem à sua prova em juízo, pois "admitir-se a prova de fato simples não articulado na inicial será legitimar-se a cilada processual e fazer-se *tabula rasa* do princípio indeclinável da contraprova, decorrência necessária da bilateralidade do processo" (CALMON DE PASSOS, *op. cit.*, *id. ib.*).

Tomemos um caso hipotético. Suponhamos que, num crime de furto, a denúncia atribua ao réu o rompimento de uma fechadura da porta de madeira como meio de ingresso no estabelecimento; se a rompeu com um ou dois pontapés, com uma alavanca ou com a só força dos ombros, isso provavelmente só o réu o sabe, e talvez nem mesmo uma perícia assaz sofisticada pudesse determinar o meio usado, sem maior proveito, porém, para a dilucidação do caso concreto.

121. Art. 41 do CPP — denúncia — contra inimputável — *v.* tb.

Finalismo, p. 512.

Menoridade, p. 651.

É possível a denúncia contra inimputável. Como já se decidiu, "a circunstância de ser o agente havido como inimputável não inibe o órgão da acusação de promover a ação penal, já que a matéria de sua responsabilidade não deve ser cuidada no oferecimento da denúncia, demandando o exame da conduta do agente no momento da infração. Assim, desde que se apresente um fato típico, legitima-se o Ministério Público para promover a

ação penal, apurando-se a responsabilidade do seu autor. Aí sim, no processo criminal, é que se vai apurar a causa da alegada inimputabilidade do denunciado, ainda que em outro processo já tenha sido declarado inimputável" (*RT*, *466*:303; *v.* tb. *RT*, *406*:98).

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, quando praticada por criança ou adolescente.

122. Art. 41 do CPP — denúncia — contra menor — *v.* tb.

Menoridade, p. 651.

Menoridade — prova, p. 652.

Não havendo prova idônea de que o réu é menor inimputável, admite-se seja denunciado, para melhor apuração dos fatos (*JTACrim*, *46*:106).

123. Art. 41 do CPP — denúncia — perda do prazo — *v.* tb.

Ministério Público, p. 652.

Prazos do Ministério Público, p. 694.

O oferecimento da denúncia fora do prazo legal não acarreta a nulidade do processo; apenas sujeita o Promotor de Justiça faltoso a eventuais penalidades administrativas (AI n. 44.353, STF, 2ª T., v.u., j. 4-11-68, rel. Min. Barros Monteiro, *RTJ*, *59*:60-2).

Quanto aos prazos para oferecimento da denúncia, "a não observância desses prazos não tem conseqüências processuais, salvo o caso do réu preso, que poderá recuperar a liberdade, mediante *habeas-corpus*, na forma do art. 648, inc. II, do CPP, e o direito do ofendido, de oferecer queixa privada subsidiária, em qualquer caso, em face da inércia do órgão oficial" (WÁLTER P.

ACOSTA, *O processo penal*, n. 49, 10ª ed. Ainda no mesmo sentido, *v.* ARY AZEVEDO FRANCO, *Código de Processo Penal*, I/136, ed. Forense, 1960).

124. Art. 41 do CPP — denúncia — pseudo ou cripto-imputação

Nos crimes culposos, será inepta a denúncia que não descreva adequadamente qual a modalidade de culpa com que se houve o réu.

Suponhamos que, ao descrever o crime, a denúncia se limite a dizer que, no dia e hora dos fatos, o acusado dirigia um caminhão, e, "com imprudência, veio a atropelar" a vítima, causando-lhe o óbito, sendo que "a imprudência do acusado consistiu em efetuar manobra em marcha à ré sem as cautelas devidas".

Aparentemente poderia ser dito que a denúncia descreve o fato típico e a forma de culpa. Mas a descrição é apenas aparente. No exemplo dado, a denúncia se limita a dizer que o réu foi imprudente por dar a marcha à ré em seu veículo sem as cautelas devidas, ou seja, teria sido imprudente por falta de cautela. Mas qual cautela omitiu? Não estava atento ao movimento de pedestres? Deixou de olhar o retrovisor ou de valer-se de um ajudante para a manobra? Imprimia velocidade excessiva ou inadequada para a manobra? Teria empreendido de forma leviana ou temerária a manobra em direção à vítima, sem dar-lhe tempo de afastar-se do local, mesmo sabendo que a vítima transitava ou brincava atrás do caminhão? Deu a marcha à ré sem ter visibilidade adequada?

Ora, o crime culposo é a ação humana que viola um dever objetivo de cuidado, por isso é punido a título de imprudência, negligência ou imperícia. Assim, caberia à denúncia não só atribuir ao réu ao menos uma dessas formas de comportamento, como principalmente *descrever exatamente qual o comportamento do réu tido como imprudente, negligente ou imperito*. Ao contrário, silenciando sobre *a maneira pela qual teria sido o réu imprudente*, mas

apenas dizendo-o imprudente ou sem cautela, a denúncia contém uma cripto-imputação, ou seja, atribui ao réu conduta culposa, por ter sido imprudente porque não teve cautela... Mas qual, precisamente, a cautela que o réu omitiu? É como se a denúncia dissesse que o réu teve culpa porque foi imprudente; foi imprudente porque não teve cautela; e, porque não teve cautela, teve culpa... Um círculo vicioso.

A denúncia, porém, deve conter *a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias* (art. 41 do CPP), o que não se confunde com a mera repetição abstrata do *tipo da lei*. Assim, não se pode simplesmente copiar o tipo legal e denunciar o réu porque "furtou algo" ou "matou alguém", e sim se deve dizer *quem fez*, *quando fez*, *onde fez, porque fez*, *como fez*, *com quais meios ou auxílios o fez*, e *o que fez* (cf. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *O processo criminal brasileiro*, Freitas Bastos, 1956, v. 2, n. 305, p. 183).

A denúncia não pode, pois, limitar-se à mera repetição do tipo legal, sem indicar precisamente *as circunstâncias do fato*. Se se limitar à mera repetição do tipo abstrato da lei, fará uma pseudo-imputação, que estará cerceando gravemente a defesa.

Tratando-se de crime culposo, a denúncia, pois, deve descrever cumpridamente *a modalidade de culpa*, ou seja, não apenas dizer que o réu agiu com culpa por imprudência ou por falta de cautela — pois com isso nada está adiantando além do próprio tipo abstrato da lei — e sim dizer *qual foi exatamente a ação física do réu mediante a qual se lhe imputa a falta de cautela que aponta para sua imprudência e faz reconhecer a presença de culpa em sentido estrito, para que dessa imputação concreta ele possa defender-se.*

Se a denúncia assim não procedeu, essa questão pode ser reconhecida pelo Juiz ainda que não seja argüida pela defesa, pois diz respeito a pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, e, portanto, pode e deve ser conhecida até de ofício, em qualquer foro ou instância.

125. Art. 41 do CPP — denúncia — inépcia objetada depois do trânsito em julgado da condenação — descabimento — *v.*

Denúncia – inépcia, p. 477.

126. Art. 41 do CPP — falta de despacho de recebimento da denúncia — nulidade — *v.*

Denúncia – recebimento implícito, p. 471.

127. Art. 41 do CPP — falta de fundamentação no recebimento da denúncia — *v.*

Denúncia – fundamentação do recebimento, p. 472.

Art. 42 do CP

128. Art. 42 do CP — aplicação analógica do art. 42 do CP, mesmo depois da Lei n. 9.268/96, que proibiu a conversão de multa em prisão

Ao cuidar da *detração*, o art. 42 do Cód. Penal, permitiu fosse computado, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória.

Suponhamos que o réu esteja sendo acusado da prática de contravenção penal de vias de fato (LCP, art. 21), e que, em razão do processo que lhe seja movido, já tenha estado preso processualmente durante 30 dias.

Admitamos, ainda, que a sentença lhe tenha imposto somente a pena pecuniária mínima — nesse passo sem receber impugnação recursal da acusação.

Nesse caso, se o Juiz tivesse optado pela sanção mais rigorosa, e aplicado o mesmo critério com que foi fixada a sanção pecuniária, a pena corporal não se apartaria de 15 dias de prisão simples.

Ora, se o sentenciado já ficou preso por mais tempo do que a pena corporal que o Juiz lhe poderia impor a seguir os critérios indicados na própria sentença, seria ilógico intimá-lo a pagar a multa penal, se, *mesmo que tivesse sido condenado a sanção penal mais grave, a esta altura sua pena corporal já deveria se reputar por cumprida em vista da regra do art. 42 do Cód. Penal*. Enfim, se mesmo que o réu tivesse sido condenado a pena corporal, poderia operar-se em seu favor a detração, com maior razão se há de aplicar esse princípio, se foi condenado apenas a sanção pecuniária, que agora nem mesmo mais se converterá em prisão em face do advento da Lei n. 9.268/96. Nesse sentido, em que pesem respeitáveis entendimentos em contrário (*RT*, *644*:293, *643*:317; *RJTJSP*, *62*:214; *JTACrim*, *97*:52), existem jurisprudência e doutrina convincentes (*RT*, *639*:326 e *JTACrim*, *99*:14 e *94*:555; CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 42).

Art. 42 da LCP

129. Art. 42 da LCP — perturbação do trabalho ou do sossego alheios — *v.* tb.

Art. 61 da LCP (importunação ofensiva ao pudor), p. 124.

Art. 65 da LCP, (perturbação da tranqüilidade), p. 132.

O delito do art. 42 da Lei de Contravenções Penais é contravenção contra a paz pública. Ao criminalizar a conduta contravencional, a lei supõe perturbação do trabalho ou do sossego *alheios*. Explica a doutrina que o sujeito passivo dessa infração é a coletividade.

Nas palavras de JOSÉ DUARTE, "quando a lei fala em sossego alheio, não quer referir-se ao repouso individual, senão ao público, isto é, da generalidade. É a difusão desse mal-estar que atinge um grande número de pessoas" (*Comentários à Lei das Contravenções Penais*, art. 42, ed. Forense, 1944). E, mais adiante, anota ele que "a perturbação deve, assim, ser incômoda aos que habitam um quarteirão, residem em uma vila, se recolhem a um hospital, freqüentam uma biblioteca" (*id. ib.*).

Assim, inexistirá a contravenção se houver um só sujeito passivo (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Comentários*; *RF*, *280*:497; *JTACrim*, *78*:364, *71*:345). Neste último, se o incômodo atinge uma só pessoa, em tese pode haver infração ao art. 65 da lei contravencional.

Art. 43 do CPP

130. Art. 43 do CPP — denúncia — rejeição — *v.*

Art. 41 do CPP, p. 104.

Denúncia — inépcia depois do trânsito em julgado, p. 477.

Denúncia – rejeição, 478.

Art. 44 do CPP

131. Art. 44 do CPP — queixa — requisitos — *v.*

Art. 41 do CPP – denúncia – requisitos, p. 106.

Queixa, p. 721.

132. Art. 44 do CPP — representação processual — requisitos — *v.* tb.

Art. 39 do CPP, p. 100.

Representação, p. 735.

Nas ações penais privadas, é comum haver vício na representação processual: no instrumento do mandato, o querelante constitui advogado para representá-lo, apenas "com os poderes das cláusulas *ad judicia et extra*".

Ora, o art. 44 do Cód. de Processo Penal exige seja a queixa dada por procurador *com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso*. Assim, não basta a cláusula *ad judicia*; a procuração deve mencionar poderes para requerer inquérito ou investigação

criminal, bem como fazer menção ao nome do requerido e aos fatos tidos como criminosos (*RT*, *539*:322; *JTACrim*, *56*:90).

Tem-se admitido a dispensa desse requisito se o ofendido assinar a petição inicial da queixa juntamente com seu advogado (*RT*, *511*:440). Mas, se houve omissão na procuração e o querelante não assinou a inicial em conjunto com seu advogado, a sanção para a omissão, não suprida no termo legal, é a decadência (*RT*, *545*:378, *514*:334, *492*:353). "A exigência da lei decorre da necessidade de bem definir as responsabilidades de mandante e mandatário em face das sérias conseqüências que podem advir da iniciativa" (Ap. n. 1.024.821-3, 12ª Câm. do TACrimSP, v.u., j. 26-8-96, rel. Abreu Machado).

Não atendidos os requisitos legais, o caso é de rejeição da queixa-crime.

Art. 44, § 1º, do CP

133. Art. 44, § 1º, do CP — substituição da pena nos crimes culposos

A Lei n. 9.714/98 alterou a legislação penal codificada, no tocante às penas restritivas de direito. Ao cuidar da substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito, o § 1º do art. 44 do Cód. Penal passou a dispor que, "na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos".

Assim, nas condenações a penas corporais de *até um ano*, a substituição pode se dar, alternativamente, seja por uma multa, seja por uma pena restritiva de direitos. Mas, nas condenações a penas corporais *superiores a um ano*, a substituição de que cuida a lei só pode ser feita: *a)* por uma pena restritiva de direito *mais* uma pena de multa; ou *b)* por duas penas restritivas de direito.

Assim, por exemplo, neste último caso pode o sentenciado receber uma pena restritiva de direitos (*v.g.*, prestação de serviços à comunidade) *e multa*, ou então duas penas restritivas de direitos (*v.g.*, prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos).

Art. 45 do CPP

134. Art. 45 do CPP — aditamento da queixa — *v.* tb.

Ação penal privada, p. 40 e s.

Segundo o art. 45 do Cód. de Processo Penal, ainda quando se trate de ação penal privada, poderá o Ministério Público aditar a queixa.

Deve-se entender, entretanto, que tal faculdade diz respeito a correções técnicas, como aquelas atinentes à correta capitulação do delito, ou ao rito, ou à descrição do fato, *mas, com base nesse dispositivo legal, não se pode entender possa o Ministério Público fazer nova imputação*, sob pena de estar violando o princípio da titularidade da ação, que, nesse caso, é privativa do ofendido.

Art. 47 da LCP

135. Art. 47 da LCP (exercício ilegal de profissão ou atividade) *versus* art. 171 CP (estelionato) — *v.*

Art. 171 do CP, p. 247.

Art. 49, § 2º, do CP

136. Art. 49, § 2º, do CP — pena de multa — atualização monetária — *v.*

Multa – correção monetária, p. 664.

Multa – leis especiais, p. 667.

Art. 58 da LCP

137. Art. 58 da LCP — jogo do bicho — *v.*

Autoria colateral, p. 83.

Jogo do bicho, p. 539 e s.

Art. 59 do CP

138. Art. 59 do CP — antecedentes *versus* reincidência — *v.*

Antecedentes, p. 49.

139. Art. 59 do CP — critério trifásico para pena mínima — *v.*

Art. 68 do CP, p. 136.

Pena – individualização, p. 685.

Regime da pena, p. 730.

140. Art. 59 do CP — aumentos de 1/6

A jurisprudência costuma aplicar percentuais mínimos de aumento de 1/6, nos cálculos das penas. Por que 1/6 em cada aumento, como em vista da reincidência? Porque é esse o aumento mínimo usual utilizado pelo legislador, que, sem dúvida, poderá ser excedido, de maneira fundamentada, mas sempre observados os limites da lei.

Art. 60, I, do CPP

141. Art. 60, I, do CPP — perempção

O art. 60, I, do Cód. de Processo Penal, manda reconheça-se a perempção quando, iniciada a ação penal privada, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos. O que quer a lei é evitar que o processo

fique à mercê do querelante, assim impedindo, com rigor, até mesmo retenções abusivas de autos (*RJDTACrim*, *5*:158, rel. Lourenço Filho).

142. Art. 60, I, do CP — perempção — falta de alegações finais — *v.* tb.

Art. 500 do CPP, p. 358.

Questão interessante é se, na ação penal privada, advém perempção em decorrência da omissão do querelante em apresentar alegações finais ou razões de recurso.

Se a demora decorre da mera perda de prazo por um ou outro dia, mas fica evidenciado a intenção do querelante em dar andamento ao feito, não há falar em perempção; mas se o atraso a cargo do querelante chega a trinta dias seguidos, então é caso de se considerar perempta a ação penal.

Assim, no tocante à demora do querelante para apresentar razões recursais, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, já tem entendido que o mero excesso de prazo, por poucos dias, não enseja o reconhecimento da decadência (*Rec. em sentido estrito* n. 712.229-9-TACrim); nesse ponto, segue, aliás, jurisprudência citada por DAMÁSIO E. DE JESUS[13] (*RTJ*, *59*:194 e *RT*, *598*:321). Cabe, porém, o reconhecimento da perempção, se a demora for superior a trinta dias para apresentar alegações finais (*RT*, *598*:321; *JTACrim*, *68*:362; no mesmo sentido, a lição de MIRABETE[14]).

Art. 60, § 2º, do CP

143. Art. 60, § 2º, do CP — multa substitutiva — *v.*

Multa, p. 656.

Multa – correção monetária, p. 664.

13. *Código de Processo Penal anotado*, cit., art. 60.

14. *Processo penal*, p. 147, ed. Saraiva, 1998.

144. Art. 60, § 2º, do CP — substituição de pena corporal por multa — critério da suficiência

A substituição da pena corporal pela de multa, nos casos em que em tese seja admissível (art. 60, § 2º, do Cód. Penal), deve sempre atender a critérios de suficiência. Com efeito, "a aplicação da multa substitutiva é deferida ao *arbitrium regulatum* do juiz (*a pena privativa de liberdade pode ser substituída*, diz o art. 60, § 2º) e a própria lei lhe fornece os critérios para bem exercê-lo. Entre esses critérios está o da *suficiência* (art. 44, III, do CP), isto é, da aptidão da multa para realizar a *reprovação* e *prevenção* do crime (art. 59), pedras de toque do novo sistema penal. Verificando que a substituição da pena carcerária por multa conduzirá, no caso concreto, à negação daqueles fins, deverá o juiz afastá-la" (*JTACrim*, *87*:215, rel. Dante Busana).

Enfim, qualquer substituição de pena privativa de direito por pena restritiva de direito supõe seja observado o critério da suficiência (CP, art. 44, III, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.714/98).

145. Art. 60, § 2º, do CP — substituição de pena corporal por multa — equivalência

Quanto à substituição da pena corporal pela de multa, a jurisprudência tem divergido sobre a necessidade de que haja equivalência entre elas (cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 61, § 2º).

Contudo, se não há *necessidade* de estabelecer aritmética equivalência, até porque a sanção pecuniária é informada por critérios de capacidade econômica que não interferem na fixação da pena corporal (CP, art. 60, *caput*), nem por isso deve o Magistrado desconsiderar que a multa substituta há de guardar proporcionalidade com a pena substituída. Caso contrário, quem fosse punido com pena mínima em crimes diversos (com diferentes penas mínimas), acabaria sempre sendo punido com os mesmos 10 dias-multa, quando da substituição da pena corporal por pecu-

niária. Enfim, desapareceria qualquer critério diferencial para a reprovação legal das condutas, que têm gravidade diferenciada.

146. Art. 60, § 2º, do CP — substituição — o indeferimento deve ser motivado?

Na redação que lhe tinha dado a Lei n. 7.209/84, § 2º do art. 60 do Cód. Penal dispunha que "a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incs. II e III do art. 44 deste Código". O dispositivo fazia remissão à redação que ao art. 44 do Cód. Penal tinha dado a Lei n. 7.209/84, de forma que era, então, vedada a substituição: *a)* se o réu fosse reincidente (art. 44, II); *b)* se a medida desatendesse ao critério de suficiência (art. 44, III).

Com as mudanças trazidas pela Lei n. 9.714/98 ao art. 44 do Cód. Penal, temos que, hoje, surgiram estas principais alterações, agora, a substituição não se limita a penas não superiores a 6 meses, e sim podem ser feitas: *a)* para penas privativas de liberdade não superiores a 4 anos, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa; *b)* para qualquer pena privativa de liberdade, se o crime for culposo.

Quanto aos requisitos para a substituição, agora só a reincidência *em crime doloso* impede a aludida substituição (CP, art. 44, II, com atual redação), mantido o critério da suficiência (CP, art. 44, III). Assim, hoje a substituição de que cuida o art. 60, § 2º, supõe: *a)* não seja o réu reincidente em crime doloso; *b)* a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indiquem a suficiência da substituição. Entretanto, mesmo a reincidência não é mais óbice absoluto, pois, se o condenado for reincidente, o Juiz poderá aplicar a substituição desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (CP, art. 44, § 3º, com a redação atual).

A doutrina e a jurisprudência corretamente se inclinaram no sentido de entender que a substituição da pena, a que alude o art. 60, § 2º, do Cód. Penal, se cabível, passa a ser direito do réu e não mera faculdade do Juiz, que deve motivar sua concessão ou seu indeferimento.

"A sentença que condena à pena privativa de liberdade não superior a seis meses deve decidir fundamentadamente sobre ser ou não o caso de sua substituição pela pena de multa (CP, art. 60, § 2º), à vista da presença ou não dos pressupostos legais (CP, art. 44, III), que, quando concorrem, a tornam imperativa" (STF, 1ª T., *HC* n. 69.365-2/RJ — Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 21-8-92, p. 12.785).

Embora o primeiro requisito, de caráter objetivo, seja normalmente de constatação mais linear, já quanto ao segundo requisito, deve enfrentá-lo expressamente a sentença.

Se ela se omite a respeito, sem dúvida a ilação a tirar é a de que entendeu ausentes os pressupostos de suficiência da substituição, tanto que não a deferiu. Faltou, é certo, dizê-lo por expresso, falha que foi sanada por falta de interposição de embargos de declaração por qualquer das partes.

Mas, se não houve interposição de embargos declaratórios, mas sim se o réu apelou com amplo efeito devolutivo a nosso ver, não será caso de decretar eventual nulidade: entendendo presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para a substituição, *pode o Tribunal fazê-la em sede de amplo apelo da defesa*, ainda que tenha a sentença omitido a motivação sobre o indeferimento da substituição (*JTACrim*, *87*:47; *RT*, *680*:372, *RJDTACrim*, *14*:115-7).

Seria excessivo rigorismo, *concessa venia*, invocar a supressão de uma instância e nulificar a sentença que não fundamentou a substituição ou seu indeferimento, se ora estamos em sede de apelo pendente, que foi interposto *com integral efeito devolutivo*. Nesse sentido, já decidiu a 2ª Câm. do Tribunal de Alçada

Criminal de São Paulo, por v.u., na Ap. n. 900.829-9, da Capital, rel. Magalhães Coelho, em 16-3-95.

147. Art. 60, § 2º, do CP — substituição — soma das penas pecuniárias

Antes da Lei n. 9.714/98, a lei penal admitia: *a)* a substituição da pena corporal de até 6 meses por multa (CP, art. 60, § 2º), ou, *b)* a substituição da pena de até um ano, nos crimes culposos, por multa e uma pena restritiva de direitos, ou por duas penas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente (CP, art. 44, parágrafo único, na redação anterior).

Com o advento da Lei n. 9.714/98, houve alargamento das hipóteses. Mesmo tendo ela olvidado a alteração sistemática que seria mister no art. 60, § 2º, do Cód. Penal, mesmo assim agora o sistema penal admite que: *a)* a pena privativa de liberdade até 1 ano seja substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, com a redação atual); *b)* a pena privativa de liberdade superior a um ano seja substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º, última parte, com a redação atual).

De qualquer forma, para a substituição, devem estar presentes as condições do art. 44, I a III, do Cód. Penal, exceção feita à ausência de reincidência, que, em certos casos, é exigência mitigada pelo legislador (CP, art. 44, § 3º).

A lei penal não impede dita substituição quando à infração já seja cominada abstrata e cumulativamente sanção corporal e sanção pecuniária. A nosso ver, o entendimento mais rigoroso, em sentido contrário, peca por falta de base legal, até porque há farta jurisprudência (anterior à Lei n. 9.7174/98, mas que ainda mantém inteira compatibilidade com o novo sistema), no sentido de deverem ser *cumuladas* a multa original e a multa substituída, entendimento esse correto, porque a *pena pecuniária originalmente fixada* preexiste à *pena pecuniária objeto da substituição* (*JTACrim*, *99*:221, *89*:288; *RT*, *640*:306, *627*:324; *RJTJSP*, *103*:454).

Em sentido contrário ao que se expôs acima, existem entendimentos jurisprudenciais, como este: "o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa não é cabível quando há cominação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de multa" (*HC* n. 70.445, 1ª T. STF, rel. Min. Moreira Alves, j. 14-9-93, v.u., *DJU*, 25-2-94, p. 2.592, *Boletim do IBCCrim*, *16*:51). Ou também entendimento que sustenta que, embora cabível a substituição, uma única multa passa a ser devida (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, nota ao art. 60, § 2º, ed. Saraiva, 1991). Entendemos, porém, que, de um lado, a lei não obsta à substituição só porque cominava cumulativamente pena corporal e pecuniária à infração; e, de outro, as duas multas têm origens distintas.

Art. 61 do CP

148. Art. 61 do CP — circunstâncias agravantes — *v.*

Antecedentes, p. 47.

Art. 61 da LCP

149. Art. 61 da LCP — importunação ofensiva ao pudor — *v.*

Art. 42 da LCP (perturbação do trabalho ou sossego), p. 114.

Art. 65 da LCP (perturbação da tranqüilidade), p. 132.

Art. 233 do CP (ato obsceno), p. 278.

Art. 62 do CPP

150. Art. 62 do CPP — morte do réu — extinção de punibilidade

Cumpre distinguir entre a norma do art. 107, I, do Cód. Penal (norma material) e a do art. 62 do Cód. de Processo Penal (norma adjetiva). A lei material diz que "a morte do agente" ex-

tingue a punibilidade do crime por ele praticado; a lei processual diz que a extinção da punibilidade é decretada à vista da certidão de óbito.

Assim, caso tenha sido decretada por equívoco a extinção da punibilidade do réu, baseada em morte que não ocorreu, no campo do direito material ou substantivo, *não terá havido o fato extintivo da punibilidade*, ainda que, no campo processual, essa extinção tenha sido declarada.

Faltará o pressuposto fático e lógico da extinção da punibilidade. Se não há morte, a decisão que a reconhece, posto tenha alcançado trânsito em julgado formal, não produz coisa julgada material, graças à ausência de ser do fato extintivo da punibilidade.

É verdade que nossa lei processual penal não dá solução expressa para o problema. Mas o art. 3º do Cód. de Processo Penal permite a interpretação extensiva e analógica, com o suplemento dos princípios gerais de direito. A analogia é um recurso de integração da lei, suprindo-se suas lacunas. Por isso, é possível adotar solução compatível em hipótese similar do direito adjetivo civil e idêntica à do direito comparado.

Comecemos pela solução comparada: o art. 89 do estatuto processual penal italiano dispõe que, depois que se percebe que a morte foi erroneamente reconhecida, "a sentença que decreta a extinção da punibilidade não mais sujeita a impugnação se considera como *não pronunciada*".

Acolheu-se aí a teoria da *inexistência do ato*. De acordo com a lição de MANZINI, a sentença que reconhece uma morte que não ocorreu não tem eficácia preclusiva sobre a ação penal, porque lhe falta o mais essencial pressuposto: "a impossibilidade de se propor ou de prosseguir a ação penal contra um defunto deriva da morte e não da autoridade da coisa julgada" (*Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6ª ed., vol. II, 373-4). Com efeito — passados os tempos das Ordenações Filipinas, que admitiam o prosseguimento da ação penal contra o morto, nos cri-

mes de lesa-majestade — hoje o que extingue a punibilidade é o fato *morte*, e não a *sentença* que reconhece ter ela advindo e lhe declara as conseqüências.

Trata-se de ato inexistente a sentença que extingue a punibilidade com base numa morte que não ocorreu, pois contém um vício antes natural ou fático que jurídico, devido à falta dos elementos que lhe são *constitutivos*. Daí decorre sua *não-significação jurídica*, já que o ato nem mesmo chega a ingressar no mundo jurídico. É princípio de direito que o que é inexistente não pode produzir efeitos.

Deixando agora a *analogia juris* e passando para a *analogia legis*, chegaremos à mesma conclusão. No campo do direito processual civil, extingue-se o processo sem julgamento de mérito, quando não haja possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI); mas, se se demonstrar, ainda que depois da extinção do processo, que não falta essa *condição da ação*, o processo poderá ser reiniciado, nos expressos termos do art. 268 do Cód. de Processo Civil.

Entendem alguns que, no campo penal, esse raciocínio levaria a uma indevida forma de *revisão por societate*, não permitida na lei vigente (*v.g.*, BASILEU GARCIA, *Instituições de direito penal*, t. II, p. 669, ed. 1968; MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, ed. 1972, p. 38; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito penal*, I, p. 602, ed. 1993; TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, vol. I, p. 480, ed. 1990; *JTACrim*, *35*:284; *RT*, *580*:349 e *476*:396).

A nosso ver, porém, embora tenha havido trânsito em julgado formal, não se constitui coisa julgada material; assim, pode-se prosseguir no processo contra o réu cuja morte fora erroneamente reconhecida. Nessa linha, comentando a legislação pátria, ALOYSIO DE CARVALHO FILHO anotou que: "verificada a qualquer tempo, a falsidade da notícia levada a juízo, restabelece-se, para os necessários efeitos, a ação ou o cumprimento da pena" (*Comentários ao Código Penal*, vol. IV, 1944, p. 78); do mesmo

sentir foi o entendimento de FLORÊNCIO DE ABREU (*Comentários ao Código de Processo Penal*, 1945, p. 423).

Na mesma esteira, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (*RTJ*, *104*:1063, *93*:986). Por sua vez, a 6ª Câm. do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo reconheceu que, "declarada a extinção da punibilidade do agente por força de sua morte, que, entretanto, se verificou posteriormente ser irreal, não constitui constrangimento ilegal a sua prisão" (*RT*, *475*:273; com o mesmo entendimento, cf. acórdão unânime da 2ª Câm. do Tribunal de Alçada da Guanabara, na Ap. Cr. n. 6.041, *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, ano VIII, n. 19, p. 209-11; no mesmo sentido, cf. nosso artigo *Prosseguimento da ação penal depois de declarada extinta a punibilidade pela morte do réu*, *Justitia*, *94*:237).

Art. 62 da LCP

151. Art. 62 da LCP — embriaguez — *v.*

Art. 331 do CP, p. 329.

Embriaguez, p. 495.

Art. 63 do CP

152. Art. 63 do CP — reincidência — *v.*

Antecedentes, p. 47.

Art. 110 do CP (prescrição e reincidência), p. 156.

Reincidência, p. 733.

Regime aberto, p. 730.

Sursis, p. 766.

153. Art. 63 do CP — não ser reincidente não se confunde com ter bons antecedentes — *v.* tb.

Antecedentes, p. 48.

Nem sempre é tecnicamente reincidente o réu que, tendo já sofrido condenação anterior, vem a ser condenado pela prática de novo crime. Para que seja reincidente, nos termos do art. 63 do Cód. Penal, é preciso que: *a)* a condenação anterior se refira a crime praticado *antes* do novo crime pelo qual ora esteja sendo julgado; *b)* a condenação anterior seja definitiva, ou seja, tenha transitado em julgado; *c)* o trânsito em julgado da condenação anterior também anteceda a prática do novo crime.

Exemplifiquemos: *a)* o réu comete um crime em 1997 e por ele é definitivamente condenado em 1998; em 1999, comete um segundo crime; será reincidente; *b)* o réu comete um crime em 1997 e por ele é definitivamente condenado em 1999; mas pouco antes, ainda em 1998, comete um segundo crime: não é reincidente. Neste último caso, embora não seja tecnicamente reincidente (pois o trânsito em julgado da condenação anterior só se deu em 1999, *depois* do cometimento do segundo crime, em 1998), a condenação anterior lhe nega os bons antecedentes.

Quando na data da segunda condenação o réu já sofreu condenação anterior irrecorrível, nossas cortes lhe têm negado a condição de primariedade (*RTJ*, *71*:840, *JTACrim*, *39*:127; *RF*, *274*:274; *RJTJSP*, *30*:375).

"O Direito é ciência e como tal possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Descabe confundir *agravante* com *circunstância judicial* e, portanto, *reincidência* — art. 63 — com *antecedentes* criminais — art. 59 — ambos do Cód. Penal. A constatação de que o Juízo não ultrapassou o campo da fixação da pena-base é conducente ao afastamento do vício, concluindo-se que, na verdade, foram considerados os antecedentes e não a reincidência do acusado" (*HC* n. 64.479-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-11-92, v.u., 2ª T. STF, *DJU*, 18-12-92, p. 24.376).

154. Art. 63 do CP — reincidência e agravação da pena — não há bis in idem — *v.*

Antecedentes, 47 e, especialmente, p. 49.

Reincidência, p. 733.

155. Art. 63 do CP — pena de multa e reincidência — *v.* tb.

Multa, p. 656.

Reincidência, p. 733.

A lei penal considera reincidente o agente que comete novo crime, depois de definitivamente condenado por crime anterior (CP, art. 63).

Hoje, a reincidência específica só interessa para fins de estabelecer requisitos mais rigorosos para o livramento condicional nos crimes hediondos (CP, art. 83, V), ou para impedir a substituição da pena corporal por medida restritiva de direito (CP, art. 44, § 3º, com a redação da Lei n. 9.714/98).

Por sua vez, a distinção entre reincidência dolosa e culposa só importa para fins de dificultar a substituição das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direito para réus reincidentes em crimes doloso (CP, art. 44, II, com a redação da Lei n. 9.714/98); entretanto, exceto se a reincidência for específica, ainda pode o juiz conceder a substituição da pena, se entender que a medida seja socialmente recomendável (CP, art. 44, § 3º, com a redação da Lei n. 9.714/98).

Por fim, a natureza da pena, na condenação anterior, só importa para fins de concessão de *sursis*. O fato de a condenação anterior ter imposto somente *multa* não afasta a reincidência, mas deve ser levado em conta quando de eventual concessão do *sursis*, pois que a suspensão condicional da pena não é obstada pela condenação anterior a pena meramente pecuniária (Cód. Penal, art. 77, § 1º, com a redação que lhe deu a Lei n. 7.209/84).

Feitas essas ressalvas, no mais não importará a natureza do crime anterior (se da mesma espécie ou não, se culposo ou doloso) nem a natureza da sanção (multa, detenção ou reclusão): estará presente a agravante genérica da reincidência. Nesse sentido é o correto e ainda atual ensinamento de JÚLIO F. MIRABETE, *Manual de direito penal*, I, n. 7.5.4, e de DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 63, amparados na jurisprudência

(*RT*, *541*:441, *484*:379; *RF*, *257*:274; *RJTJSP*, *9*:533; *JTACrim*, *44*:418, *27*:283; *RTJ*, *62*:182).

156. Art. 63 do CP — reincidência — termo *a quo*

Segundo o art. 63 do Cód. Penal, considera-se reincidente quem comete novo crime *depois* de transitar em julgado sentença que o tenha condenado por crime anterior. "Como a lei usa o advérbio *depois*, entendemos que a prática do novo crime, para ensejar a reincidência, deve ocorrer em data posterior (e não no mesmo dia) à do trânsito em julgado da condenação pelo crime anterior" (Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, art. 63, ed. Freitas Bastos, 1986).

157. Art. 63 do CP — reincidência — menção ao trânsito em julgado para acusação e defesa

Não raro, a data do trânsito em julgado para a acusação não coincide com a data do trânsito em julgado para a defesa: é muito comum que o Promotor de Justiça, diariamente presente ao Fórum, seja intimado no dia da publicação da sentença, ou no tríduo imediato (CPP, art. 390), enquanto o réu e sua defesa acabam sendo intimados somente alguns dias após (salvo quanto às sentenças proferidas em audiência, quando de regra estão presentes todos os interessados). No caso de descoincidência de datas de intimação para acusação e defesa, o trânsito em julgado acabará ocorrendo em datas diversas para as partes. Nesse caso, as certidões de antecedentes, para fins de comprovação de reincidência, devem distinguir a data do trânsito em julgado para a acusação e para a defesa.

Se, porém, a certidão juntada aos autos consigna uma única data para trânsito em julgado da sentença condenatória, sem distinguir entre acusação e defesa, a menção sobre o trânsito em julgado há de ser entendida em seu sentido mais amplo, à falta de ressalva expressa de trânsito em julgado com datas diversas para acusação e defesa.

158. Art. 63 do CP — reincidência — falta de menção à data do trânsito em julgado na certidão

Como já entendeu o Supremo Tribunal Federal, supõe demonstração de prejuízo o reconhecimento da nulidade porque reconhecida a reincidência do réu com base em certidão a que falte a data do trânsito em julgado: “Quanto à precisa data em que transitou em julgado a condenação por crime anterior, para os fins previstos no art. 63 do mesmo Código [CP], trata-se de mera irregularidade formal, em face da qual o impetrante nada comprovou em contrário nem demonstrou a existência de prejuízo para o paciente. Não existindo prejuízo não há nulidade a ser declarada, a teor do que dispõem os arts. 563 e 566 do citado Código [CPP]” (*HC* n. 75.190-SP, rel. Min. Maurício Correa, j. 24-6-97, 2ª T. do STF, v.u., *DJU*, 22-8-97, p. 38.763).

159. Art. 63 do CP — reincidência e recurso extraordinário

A jurisprudência tem entendido que, pendente recurso extraordinário sobre a condenação anterior, esta ainda não transitou em julgado para fins de reincidência. Entendeu o Supremo Tribunal Federal: “ainda que não tenha efeito suspensivo o recurso extraordinário, a verdade é que, se interposto, não haverá o trânsito em julgado” (*RTJ*, *119*:2; no mesmo sentido, *RT*, *503*:350).

Frederico Marques examina a situação que ocorreria se, na ocasião da prática de novo crime, estiver pendente de julgamento recurso extraordinário sobre pedido anterior: “se houver recurso extraordinário, a sentença condenatória ainda não transitou em julgado. É irrelevante a circunstância de não ter, o aludido recurso, qualquer efeito suspensivo. Decisão transitada em julgado é aquela sobre a qual ocorreu a preclusão máxima, ou coisa julgada formal, por ser uma decisão de que já não cabe recurso. Assim sendo, a interposição de recurso extraordinário impede que passe em julgado a decisão, muito embora o pronunciamento condenatório deva ser desde logo executado”

(*Curso de direito penal*, 1ª ed., v. 3º, p. 89). Acompanham essa lição DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código Penal anotado*, art. 63, ed. Saraiva, 1991) e CELSO DELMANTO (*Código Penal comentado*, art. 63, ed. Freitas Bastos, 1986).

Os mesmos fundamentos acima invocados aplicam-se, *mutatis mutandis*, quando pendente recurso especial ou qualquer outro recurso ainda que dotado apenas de efeito meramente devolutivo.

160. Art. 63 do CP — reincidência — o que é condenação definitiva — *v.*

Indulto, p. 533.

Art. 63 da LCP

161. Art. 63 da LCP — bebidas alcoólicas — *v.*

Art. 129 do CP (servir bebida alcoólica a menor), p. 167.

Art. 132 do CP (servir bebida alcoólica a menor), p. 170.

Embriaguez, p. 495.

Art. 65 da LCP

162. Art. 65 da LCP — perturbação da tranqüilidade — *v.* tb.

Art. 42 da LCP (perturbação do trabalho ou do sossego alheios), p. 114.

Art. 61 da LCP (importunação ofensiva ao pudor), p. 124.

A infração do art. 65 da Lei de Contravenções Penais (perturbação da tranqüilidade) supõe que o agente moleste alguém ou perturbe-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável.

Ao contrário da contravenção penal do art. 42 da mesma lei, que supõe que o agente perturbe a paz pública, assim inco-

modando diversas pessoas, já na contravenção contra os costumes, prevista no art. 65 o agente, por acinte ou outro motivo reprovável, se põe a incomodar pessoa determinada.

Art. 65, III, do CP

163. Art. 65, III, do CP — circunstâncias atenuantes — *v.*

Atenuantes, p. 397.

164. Art. 65, III, d, do CP — atenuante da confissão espontânea

Basta que o réu espontaneamente confesse a autoria do crime, perante a autoridade, para que se reconheça em seu favor a atenuante do art. 65, III, *d*, do Cód. Penal?

À primeira vista, a resposta deveria ser positiva, pois que a letra da lei não avança mais do que isso.

Entretanto, a nosso ver, o escopo da atenuante é a minoração da pena do réu que, ao confessar, indica alguma forma de recuperação, sem o que a atenuante seria não só um ato teleologicamente vazio, como até mesmo um escárnio para a vítima, a Justiça e a sociedade, pois equivaleria a mitigar a pena até mesmo do assassino que se vanglorie das atrocidades que cometeu.

Dentro do espírito que preside o reconhecimento de todas as atenuantes, é preciso que haja um valor social que torne razoável a redução da pena. No caso, para merecer a atenuante, deve o réu externar em sua confissão um elemento indicativo de arrependimento, qualquer afirmação de efetivos propósitos ressocializantes. A mera confissão desprovida de indícios claros de arrependimento não leva à atenuação da pena (nesse sentido, cf. JÚLIO MIRABETE, *Manual de direito penal*, I/292, 6ª ed. Atlas, 1991; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 65; *RT*, *608*:301, *RJTJSP*, *102*:441).

Mas se a confissão não indica remissão do ímpeto criminoso, não se lhe há de reconhecer a atenuante, por exemplo, ao ladrão que a fez apenas porque desfavorecido pelas evidências, depois preso em flagrante próprio, com a *res* em seu poder e reconhecido pelos circunstantes, e que não demonstrou arrependimento.

Art. 67 do CP

165. Art. 67 do CP — concurso de agravantes e atenuantes — *v.*

Antecedentes, p. 47.

Menoridade, p. 651.

Reincidência, p. 733.

166. Art. 67 do CP — menoridade e reincidência

Não nos é desconhecida a jurisprudência que entende deva prevalecer a menoridade sobre qualquer agravante; daí a tese de que a pena para todos os réus menores deve sempre ficar no mínimo legal.

De fato, a menoridade é atenuante obrigatória, e das mais relevantes (art. 65, I, do Cód. Penal). E isso porque é circunstância objetiva, fruto de uma presunção legislativa de que, na menoridade, ainda está presente a imaturidade física e psíquica do agente, normalmente neófito no mundo do crime. Entretanto, essa é uma presunção *juris tantum*, pois às vezes menores há, entre 18 e 21 anos, já com larga vivência criminal, com inequívoca e grave inclinação para o crime. Assim, não se há de impedir que o Magistrado, na análise do caso concreto e da personalidade do agente, considere *em concreto* quais circunstâncias devem preponderar, se agravantes ou atenuantes, sem se ater a assertivas genéricas do tipo *a menoridade deve prevalecer sobre qualquer outra circunstância*.

E isso porque a lei diz: havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena *deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes* — este sim é o correto caminho legal (CP, art. 67).

Sem dúvida, em muitos casos concretos, a menoridade deve preponderar, principalmente naqueles em que nenhuma outra circunstância se imponha com clareza para sobrepujar a relevante condição de menoridade do agente. Assim, quando se conclua que a menoridade deva mesmo preponderar, a pena final deverá aproximar-se do mínimo legal; em caso contrário, poderá ser fixada acima deste, mesmo para réus menores (*JTACrim*, *54*:322).

167. Art. 67 do CP — menoridade e maus antecedentes — *v.* tb.

Antecedentes, p. 47.

Menoridade, p. 651.

Reincidência, p. 733.

Suponhamos que o réu seja menor e ostente maus antecedentes. No caso, embora não tenhamos tecnicamente concurso entre *atenuante* e *agravante*, mas meramente concurso entre uma atenuante (menoridade) e uma circunstância judicial desfavorável ao agente (maus antecedentes), e mesmo admitindo, no caso concreto, que a atenuante da menoridade deva mesmo preponderar, ainda assim a pena final deverá aproximar-se do mínimo legal, *mas não será justo nem jurídico desconsiderar que o réu tem maus antecedentes, caso, por exemplo, já conte com condenações definitivas por crimes anteriores*.

Assim, é justo reduzir a pena final do réu, fazendo-a aproximar-se do mínimo, mas não é caso de pura e simplesmente desconsiderar seus maus antecedentes, que podem evidenciar já estar ele afeito à prática do crime, o que importaria em dar-lhe o mesmo tratamento que teria outro réu, com a mesma idade, e que nunca tivesse tido outra mácula em sua vida.

Art. 68 do CP

168. Art. 68 do CP — critério trifásico na imposição da pena — omissão — quando há nulidade — *v.* tb.

Art. 59 do CP, p. 118.

Pena – individualização, p. 685.

Pena mínima, p. 686.

Regime da pena, p. 730.

Pondo termo a infindáveis discussões doutrinárias e a inevitáveis vacilações da jurisprudência, a Lei n. 7.209/84 alterou a redação do art. 68 do Cód. Penal, para exigir seja seguido o *critério trifásico na imposição da pena*. Por isso, dispôs que: *a)* a pena-base será fixada dentro dos limites mínimo e máximo da pena em abstrato, atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo Código (considerando-se, entre outros fatores, culpabilidade, antecedentes, conduta e personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime); *b)* a seguir, serão consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes; *c)* por fim, serão levadas em conta as causas de diminuição e de aumento da pena.

E se a sentença considera, englobadamente, as três fases numa única operação, ou só faz duas operações (fixa a pena-base e depois engloba a segunda e a terceira etapas)?

Seria nula a sentença que descumpre o critério trifásico na imposição da pena?

Numa interpretação menos formal, poderia ser sustentado que não. Poder-se-ia dizer que o Juiz considerou todos os fatores, ainda que englobadamente.

Entretanto, meditando com vagar sobre a hipótese, convencemo-nos de que esse procedimento simplificador viola importantes garantias individuais. Impede, por exemplo, de saber qual foi *exatamente* o acréscimo dado ao réu a título de reincidência, ou em virtude da presença de tal ou qual agravante, ou de

tal ou qual qualificadora. Assim, teoricamente, se o réu amanhã, em revisão criminal, for absolvido no processo cuja condenação anterior aqui lhe valeu a reincidência, qual o *quantum* da pena que conseguiria abater da nova condenação? Não o saberia jamais, porque o Juiz não discriminou o *quantum* de cada aumento. Por certo isso viola a individualização da pena e fere garantias fundamentais (CF, art. 5º, XLVI).

Tendo sido interposto recurso contra a sentença, dependendo da amplitude do efeito devolutivo do recurso interposto, poderá ser possível que o tribunal faça as correções necessárias; residualmente, será nulificada a sentença.

Assim, "é conhecido o acerto jurisprudencial que sinaliza a nulidade da sentença descumpridora do procedimento trifásico. Essa orientação, todavia, tem em vista os casos em que impossível compreender o raciocínio do magistrado ao dosar a pena, em que fases da seqüência preconizada no art. 68 do CP tenham sido omitidas ou englobadas, de maneira a tornar inviável para a defesa a impugnação, em grau de recurso, dos acréscimos aplicados. Não é o que acontece no caso vertente, no qual a r. sentença, embora de maneira amplamente equivocada, indicou com clareza os passos percorridos para chegar à sanção a final concretizada, tanto assim que, também nessa parte, foi alvo de impugnação especificada por parte do acusado no recurso sob exame. Desse modo, se o equívoco do julgado, na dosagem das penas, pode ser reparado no bojo da apelação interposta, não se entrevê prejuízo para nenhuma das partes, daí não ensejar a hipótese o aventado decreto de anulação: *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP)" (Ap. n. 1.058.455-9-TACrim, 9ª Câm., v.u., rel. Aroldo Viotti, j. 18-6-97).

Há ainda outra hipótese em que não se deve nulificar a sentença, ainda que não tenha seguido rigorosamente o procedimento do art. 68 do Cód. Penal. É quando tenha imposto a pena *no limite mínimo para a espécie.*

Suponhamos que o réu cometa roubo qualificado. Se o Juiz, seguindo procedimento menos recomendável, fixar, *sim-*

pliciter, a pena final de 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, sem discutir pena-base, menoridade ou qualquer outra circunstância, estará claro que, embora sem o ter dito às expressas, partiu do limite mínimo de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, para o roubo simples (art. 157 *caput* do CP), aos quais acrescentou o mínimo de terço pela qualificadora, chegando ao resultado final (art. 157, § 2º, I e II, do CP), do qual não se poderia apartar nem mesmo em vista da menoridade do agente.

A necessidade impostergável de motivação das fases da fixação das penas só se explica quando haja circunstâncias objetivas ou subjetivas que justifiquem aparte-se a pena do limite mínimo: assim, mesmo que seja o réu reincidente, ou tenha cometido o crime com emprego de tortura ou outro meio cruel, o Juiz não poderá aumentar a pena sem seguir todas as etapas necessárias ao cálculo, justificando expressamente o acréscimo, para permitir seja eventualmente contrastado, em cada tópico do aumento, pelas partes e pelo Tribunal *ad quem*, no exame de recurso com integral efeito devolutivo.

Assim, fixada a pena em seu mínimo legal, é dispensável indicar os critérios de sua imposição (*RTJ*, *103*:601, *RT*, *552*:442; *JTACrim*, *70*:92 e *68*:136).

Art. 69 do CP

169. Art. 69 do CP — concurso material — *v.*

Art. 157 do CP – roubo – concurso de crimes, p. 212.

Art. 70 do CP

170. Art. 70 do CP — concurso formal — *v.*

Art. 71 do CP, p. 139 e 144.

Art. 157 do CP – roubo – concurso de crimes, p. 212.

Art. 70 do CPP

171. Art. 70 do CPP — competência — *v.* tb.

Competência, p. 407.

O art. 70 do Cód. de Processo Penal adotou a *teoria do resultado*, ou seja, em regra a competência será determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

A finalidade da lei foi criar um critério lógico e razoável, que em regra favorece a produção da prova. Entretanto, a doutrina tem admitido que "não há porque deslocar-se a competência para o local da consumação, quando o resultado sobreveio, por mera casualidade e acidente, em local diverso do da ação e execução" (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Competência penal: princípio do esboço do resultado e crimes qualificados pelo evento*, *Justitia*, *158*:17). Nesse sentido, tem decidido a jurisprudência (*RT*, *678*:378, *667*:338, *632*:275, *616*:344, *599*:371, *574*:357, *536*:298), que lembra, inclusive, que eventual inobservância dessa regra de competência sequer importaria nulidade absoluta do feito (*RT*, *423*:318, *361*:65).

Art. 71 do CP

172. Art. 71 CP — crime continuado — *v.*

Art. 14, II, do CP (atos preparatórios), p. 59.

Art. 157 do CP, p. 203.

Art. 157 do CP (roubo e seqüestro), p. 211.

Art. 157 do CP – roubo – concurso de crimes, p. 212.

Art. 158 do CP (roubo e extorsão — continuação), p. 227.

Decadência (crime continuado), p. 466.

Prescrição em crime continuado, p. 700.

Unificação de penas — reiteração criminosa versus *crime continuado*, p. 800.

173. Art. 71 do CP — critérios para fixação da pena no crime continuado — *v.* tb.

Pena – fixação, p. 685.

Os tribunais têm adotado o seguinte critério, para o acréscimo da pena, em vista da continuidade delitiva: *a)* até dois crimes, o acréscimo deve ser de 1/6; *b)* até 3 crimes, 1/5; *c)* até 4 crimes, 1/4; *d)* até 5 crimes, 1/3; *e)* até 6 crimes, 1/2, e, finalmente, 7 ou mais crimes, 2/3 (*JTACrim*, *89*:218).

174. Art. 71 do CP — quando descabe a continuidade delitiva

A continuidade delitiva é um benefício de redução de penas que o legislador confere ao agente que pratica crimes da mesma espécie, em condições semelhantes, de maneira que os subseqüentes devam ser havidos como continuação do primeiro (CP, art. 71, *caput*).

Admite-se a continuidade mesmo na hipótese de crimes dolosos contra vítimas diferentes (parágrafo único, do art. 71), mas é indispensável sejam semelhantes as circunstâncias em que os delitos foram cometidos (condições de tempo, lugar, maneira de execução etc.), ou seja, diante de uma situação iterativa ao longo de uma ação prolongada no tempo; *é mister que o agente se aproveite das mesmas circunstâncias e oportunidades surgidas justamente pelo próprio cometimento da primeira infração* (*RT*, *544*:368, *495*:308; *JTACrimSP*, *30*:150, *31*:70, *47*:126; STJ, REsp 507, *DJU*, 18-12-89, p. 18.479)[15].

---

15. Para a teoria subjetiva, já abandonada pela atual dicção do art. 71 do CP, seria mister considerar ainda se haveria um elo psicológico a unir as infrações (*JTACrimSP*, *95*:72, *93*:382, *91*:219, *87*:170, *83*:209; *RJTJSP*, *118*:575; *RTJ*, *79*:344; STJ, REsp 507, *DJU*, 18-12-89, p. 18.479).

A continuidade delitiva foi, pois, concebida pelo legislador para não se apenar de forma demasiadamente severa aquele que, tendo cometido uma infração inicial, e *favorecido pelas próprias circunstâncias dessa primeira infração, aproveita as condições criadas pela prática do primeiro ato e, em momento subseqüente, em condições temporais e espaciais contíguas, reitera a ação típica, de forma que se possa admitir como se as ações repetidas fossem continuação da primeira*. Além do exemplo clássico do famulato continuado, podemos apontar, agora à luz da nova redação do art. 71, parágrafo único, do Cód. Penal, o caso do ladrão de estradas, que rouba o funcionário do posto de pedágio e algumas dezenas de motoristas que, seguidamente, vão parando seu carro no posto. Embora se admita em tese a possibilidade de crime continuado com maior intervalo temporal, é evidente à medida que este se vai alargando, mais tênue vai-se tornando o vínculo da continuidade, até desaparecer, pois, em intervalos temporais ou espaciais mais intensos, teremos crimes autônomos.

Muito diversa, porém, da *continuidade delitiva*, figura que enseja tratamento legal menos severo, é a chamada *reiteração criminosa*, mediante a qual o agente se ocupa habitualmente da prática de crimes, e por isso está a merecer, antes, tratamento penal mais rigoroso pelo seu elevado grau de temibilidade social (*HC* n. 68.124-7-DF, 1ª T. STF, j. 18-12-90, rel. Min. Sepúlveda Pertence; *DJU*, 8-3-91, p. 2.201; *HC* n. 69.357-1-SP, 2ª T. STF, j. 24-11-92, rel. Min. Paulo Brossard, *DJU*, 12-2-93, p. 1.452; *HC* n. 72.805-SP, rel. Min. Maurício Correa, STF, 2ª T.). Neste último caso, a reprovabilidade é maior; a temibilidade do agente é mais acentuada. No caso de crimes executados reiteradamente, como meio de vida do agente, nada está a demonstrar seja o segundo crime *continuação do primeiro*, nem o terceiro *continuação do segundo*. Afinal, nesses casos, deve-se evitar que a reiteração criminosa se transforme num verdadeiro ideal ou estímulo para o criminoso, visando à ulterior unificação de penas. Nesse sentido, também decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Recurso especial do Ministério Público conhecido e provido para restabelecer-se a sentença que negou a continuidade delitiva em caso de criminosos

reconhecidos como habituais, os quais, com reiteração, praticaram roubos autônomos, contra vítimas diferentes, embora na mesma comarca e em curto espaço de tempo" (*JSTF*-Lex, 7:234).

A não se entender assim, promoveríamos a insegurança social. E chegaríamos ao absurdo: o ladrão que, no intervalo de dois anos roubasse quatro pessoas, com seis meses entre uma ação e outra, receberia quatro penas de roubo, em concurso material; o ladrão que roubasse uma pessoa diferente por dia, durante dois anos, e cometesse centenas de roubos, receberia a pena de no máximo três delitos. Quem cometesse um só roubo na vida seria proporcionalmente punido com muito mais rigor que aquele que passasse a vida roubando...

A exegese que promova a injustas unificações de penas levaria ainda a outros ilogismos. Anima-se "a assunção de paternidade de crimes não cometidos, apenas para que se estabeleça o nexo temporal ensejador da redução benevolente. E, bem por isso, delinqüentes habituais acabam, muitas vezes, mais brandamente considerados que o criminoso ocasional" (AgEx n. 509.131-7 — São Paulo, TACrim, 8ª Câm. TACrim, v.u., j. 10-3-88).

Longe está da *mens legis* fazer do benefício da continuidade delitiva um estímulo ao crime ou um prêmio ao delinqüente que mais reitera na prática criminosa, em prejuízo da defesa social.

175. Art. 71 do CP — descabe continuidade delitiva quando há variedade de comparsaria

A figura do crime continuado exige semelhança no modo de execução das infrações que o compõem, de forma que a variedade de comparsaria tem sido considerada óbice para o reconhecimento da figura do art. 71 do Cód. Penal (*RJDTACrim*, *18*:177, *8*:260, *4*:43, *2*:19, *1*:221, *1*:46, *1*:28; *RT*, *695*:340).

176. Art. 71 do CP — crimes continuados de roubo

À vista da atual redação do art. 71 do Cód. Penal, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser possível, em tese, o

crime continuado de roubo, desde que identificada a conexão espacial (mesma localidade), temporal (intervalo de poucas horas) e subjetiva-objetiva (mesmos agentes, mesmo *modus operandi*). Mas adiantou que, nesse caso, a punição deve ser mais rigorosa: "O paciente, ao cometer os delitos patrimoniais em questão, com grave ameaça à pessoa dos diversos sujeitos passivos da ação criminosa, ofendeu bens e interesses jurídicos eminentemente pessoais, em comportamento infracional caracterizado pela existência de uma pluralidade de vítimas. Incidiu, portanto — não obstante as referidas circunstâncias não mais atuem como causas obstativas do reconhecimento da continuidade delitiva — na regra consubstanciada no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, que prevê a figura do *crime continuado específico*, passível de apenação mais rigorosa" (*HC* n. 68.864-1-SP, 1ª T., j. 7-4-92, m.v., rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 12-2-93, p. 1.452).

177. Art. 71 do CP — continuação entre crime tentado e consumado — *v.* tb.

Art. 14, II, do CP, p. 59.

Pena – fixação, p. 685.

Admite-se a figura da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Cód. Penal, entre um crime consumado e um tentado, ou vice-versa (*RT*, *499*:342, *432*:359 e *426*:412).

Mas, nesse caso, como se faz o cálculo da pena?

Diz a lei que, se o segundo crime for tido como continuação do primeiro, deverá o agente receber a pena de um só deles, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Suponhamos seja a primeira infração um roubo consumado, e a segunda, um roubo tentado. Impondo-se a pena mínima do roubo simples consumado (4 anos de reclusão e 10 dias-multa), deve-se *simpliciter* impor aumento mínimo de 1/6? Ou pesaria no cálculo o fato de a segunda infração ser tentada?

Acreditamos que o fato de a segunda infração ser apenas tentada não interfere com a base de cálculo (que será sempre a pena mais grave), nem interfere no *quantum* mínimo de aumento (que não pode ser inferior a 1/6): é o que dispõe, com todas as letras, o art. 71 *caput* do Cód. Penal.

178. Art. 71 do CP — roubo — crime continuado *versus* concurso formal — *v.* tb.

Art. 70 do CP, p. 138.

Art. 157 do CP, p. 203.

Art. 157 do CP – roubo – concurso de crimes, p. 212.

No caso de roubos praticados sob a forma continuada, dentro do que dispõe o parágrafo único do art. 71 do Cód. Penal, o acréscimo deve ser mais elevado, considerando-se que se trata de crimes dolosos, praticados contra vítimas diferentes e com grave ameaça às pessoas.

Não se trata de concurso formal, quando tenha havido várias ações típicas (várias vezes foi preenchido o núcleo do tipo, pois a cada vítima, foi repetida a *subtração mediante grave ameaça*); mas, ainda que se tratasse de concurso formal, seria o caso de aplicar-se a regra da segunda alínea do art. 70, *caput*, do Cód. Penal, onde, na parte final do dispositivo, se reconhece a necessidade de tratamento penal mais rigoroso quando a ação é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos.

179. Art. 71 do CP — continuidade em crime permanente — *v.* tb.

Art. 155 do CP (furto de água), p. 197.

Como observou Manoel Pedro Pimentel, “não é possível confundir-se crime continuado com o *crime permanente*. Como observa Punzo, a diferença típica entre ambos está que o crime continuado é composto de ações descontínuas e reiteradas, enquanto que no permanente a ação ou a omissão é única e cria um estado danoso ou perigoso que se protrai no tempo” (*Do*

crime continuado, p. 160, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, 1969). Daí, com CUELLO CALÓN, podemos concluir que no delito permanente, "existe uma só ação e uma só consumação" (*Derecho penal*, I/548-9, ed. Bosch, 1945).

Segundo decidiu o Tribunal de Alçada Criminal, em crime permanente, não cabe continuidade delitiva e sim crime único, como na subtração de água ou energia elétrica das empresas fornecedoras (*JTACrim*, *66*:374).

Entretanto, como bem observa a doutrina, poderá haver continuidade em crimes permanentes, *se vier a ser interrompida a permanência*: assim, por exemplo, se uma pessoa, em cárcere privado, logra fugir e é recapturada pelo criminoso; ou se um agente desvia água, cessa a subtração por algum tempo e, depois, volta a desviá-la (MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Do crime continuado*, p. 161-2, ed. Revista dos Tribunais, 1969; MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, I, n. 173, ed. Saraiva, 1986).

Art. 72 do CP

180. Art. 72 do CP — concurso de crimes — pena de multa — *v.* tb.

Multa, p. 656.

Vejamos a questão da pena de multa no concurso de crimes (concurso material, formal e crime continuado).

Segundo o art. 72 do Cód. Penal, para fins de imposição da pena pecuniária, pouco importará que se trate de crimes praticados em concurso material, concurso formal ou sob forma continuada (CP, arts. 69-71): em quaisquer hipóteses de concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente. Assim, no concurso material de infrações, o réu receberá o cúmulo material não só das penas corporais, como também das penas pecuniárias; no concurso formal, o réu receberá a pena corporal proporcionalmente reduzida (CP, art. 70), mas a pena pecuniária será aplicada como se a hipótese fosse de concurso

material; na figura do crime continuado, a solução é a mesma do concurso formal.

E, quanto a este último — o crime continuado —, não é demais lembrar que se trata de ficção jurídica segundo a qual se impõe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada na forma da lei, desde que os vários crimes tenham sido cometidos em circunstâncias que autorizem o reconhecimento da ficção (art. 71 do Cód. Penal). Nesses casos, não há falar, porém, em *crime único*: são vários crimes, todos com independência típica e conceitual, cujas *penas* são reunidas para não prolongar demasiadamente a custódia do sentenciado.

A aplicação do art. 72 do Cód. Penal é uma regra para a qual, entretanto, nem todos atentam, quando na verdade a unificação das penas só atinge as sanções *corporais*, já que, como vimos, as penas pecuniárias não se sujeitam à norma do art. 71, e sim às do art. 72, do Cód. Penal, ou seja, *no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente*.

As normas atinentes às figuras do crime continuado e do concurso formal inserem-se dentro das regras do *concurso de crimes*, como, destarte, deixa claro a própria topologia dos dispositivos penais de interesse para o deslinde da matéria (CP, arts. 69-72). O que se depreende é que os critérios de eqüidade que inspiraram o legislador a evitar, em certos casos, o cúmulo material das penas corporais, não foram motivo suficiente para que entendesse dever igualmente evitar esse cúmulo material das penas pecuniárias no concurso formal ou no crime continuado.

Art. 75 do CP

181. Art. 75 do CP — limite das penas

Dispõe o art. 75 do Cód. Penal que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

Para a concessão do livramento condicional, deve-se considerar o cúmulo de todas as penas pendentes de cumprimento do sentenciado, e não considerá-las individualmente, nem, muito menos, considerar o teto do art. 75 do Cód. Penal. Entendemos que o art. 75 apenas cria uma forma de unificação de pena corporal como limite máximo de seu cumprimento; a unificação não serve, porém, para base de cálculo de outros benefícios (cf. FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. geral, p. 306-7, *op. cit.*; DAMÁSIO DE JESUS, *Comentários ao C. Penal*, p. 715; *RJTJSP*, *96*:27-8, *RT*, *600*:330 etc.).

Art. 77 do CP

182. Art. 77 do CP — *sursis* — requisitos — *v.*

Sursis, p. 766.

Art. 78 do CP

183. Art. 78 do CP — *sursis* — condições — *v.*

Sursis, p. 766.

Art. 79 do CP

184. Art. 78 do CP — *sursis* — as chamadas condições especiais — *v.*

Sursis, p. 766.

Art. 83 do CP

185. Art. 83 do CP — livramento condicional — primariedade com maus antecedentes — *v.* tb.

Antecedentes, p. 47.

Reincidência, 733.

"Para efeito de livramento condicional, aplica-se, por analogia, ao condenado primário e possuidor de maus antecedentes, o requisito temporal previsto no art. 83, II, do Cód. Penal — que exige do condenado reincidente, o cumprimento de mais da metade da pena —, à falta de previsão específica. Com esse entendimento, a Turma indeferiu *habeas-corpus* impetrado em favor de paciente que, primário e possuidor de maus antecedentes, pretendia ser beneficiado com livramento condicional baseado no art. 83, I, do Cód. Penal, que prevê a concessão do referido benefício a condenado, não reincidente e possuidor de bons antecedentes, que tenha cumprido mais de um terço da pena" (*HC* n. 78.410-RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 2-3-99, *Informativo STF*, 140).

Art. 85 do CPP

186. Art. 85 do CPP — exceção da verdade — *v.*

Crimes contra a honra, p. 448.

Prefeito, p. 697.

187. Art. 85 do CPP — crime contra a honra de prefeito — exceção da verdade — julgamento afeto ao Tribunal de Justiça — *v.* tb.

Exceção da verdade, p. 503.

Oposta e admitida a exceção da verdade — em crimes contra a honra, da Lei de Imprensa ou não —, a competência para apreciar a exceção da verdade será do Tribunal de Justiça, se o ofendido tiver foro por prerrogativa de função.

Embora o art. 85 do Cód. de Processo Penal somente se refira à exceção da verdade oposta por *querelante*, na verdade em algumas hipóteses a ação será pública, como quando seja o ofendido funcionário público (CP, art. 145; Lei n. 5.250/67, art. 40, I, *b*). Assim, também é possível ser oposta exceção da verdade em crimes de ação penal pública condicionada (CP, arts. 138, § 3º, e 139, parágrafo único; Lei n. 5.250/67, arts. 20,

§ 2º, e 21, § 1º). E a exceção da verdade será julgada pelo juízo ou tribunal sob cuja jurisdição estiver a autoridade ofendida (art. 85 do CPP).

Certo é que não se aplica o disposto no art. 85 aos crimes de difamação e injúria (*RTJ*, *68*:316 e *62*:557), salvo, apenas no caso de difamação, se o ofendido for funcionário público e a ofensa se deu em razão de suas funções (art. 139, parágrafo único, do Cód. Penal, e art. 21, § 1º, *a*, da Lei n. 5.250/67). Quanto à injúria, não admite exceção da verdade[16].

Art. 91, II, do CP

188. Art. 91, II, do CP — efeitos da condenação — *v.*

Apreensão, 54.

Arma, p. 57.

Art. 19 da LCP, p. 69.

Busca e apreensão, p. 398.

Lei n. 9.437/97, p. 618.

Pedido de restituição, p. 672-674.

Art. 92 do CP

189. Art. 92 do CP — efeitos da condenação — *v.*

Direitos políticos – sursis, p. 484[17].

Art. 94 do CP

190. Art. 94 do CP — reabilitação — prescrição civil — interesse da vítima

Suponhamos que já tenha decorrido o prazo da prescrição civil para as ações de responsabilidade patrimonial decorrente

16. A propósito da exceção da verdade, *v.* verbete próprio, na p. 503.

17. Cf. tb. CF, art. 15, III; LEP, arts. 3º e 41; Lei n. 9.268/96.

do ato ilícito. Teria o réu direito à reabilitação criminal, mesmo sem ter indenizado a vítima?

Forte corrente jurisprudencial tem entendido que, advindo a prescrição civil, não mais há falar na exigência de reparar o dano para alcançar-se a reabilitação criminal prevista no art. 94 do Cód. Penal (*RJTJSP*, *95*:394, *77*:363; *RT*, *605*:344, *602*:314; *JTACrimSP*, *92*:154, *74*:159 etc.).

Concessa venia a esse respeitável entendimento, a prescrição civil extingue a possibilidade de a vítima valer-se do ordenamento jurídico *para cobrar* a dívida prescrita; contudo, com a prescrição civil, não se extingue o próprio direito, tanto assim que, eventualmente pago o débito prescrito, o devedor não poderia repetir o que pagou (CC, art. 970). Em outras palavras, o pagamento seria válido, pois a dívida existe; apenas o ordenamento jurídico, depois de um certo tempo de inércia, não mais dá ao credor ação para cobrar o crédito.

A prescrição civil extingue a ação de cobrança mas não a dívida ou o prejuízo causado, o que significa dizer que a prescrição civil não equivale à quitação e portanto não faz considerar-se satisfeito o requisito do art. 94, III, do Cód. Penal, até porque a reabilitação não é mera obra do decurso do tempo, e sim significa atitude positiva do reabilitando, a indicar sua recuperação também porque reparou efetivamente o dano.

Mesmo que a vítima não mais tenha ação civil para cobrar seu crédito, se o réu quiser pagar o valor do prejuízo, poderá fazê-lo; e se o fizer, seu pagamento será duplamente válido: sob o aspecto civil, não poderá repeti-lo (CC, art. 970); sob o aspecto penal, valerá como preenchimento de um dos pressupostos para a reabilitação (CP, art. 94, III).

Caso o agente se disponha a pagar o dano à vítima, o pagamento deverá incluir a correção monetária do período, além dos juros legais (*RT*, *495*:348), sob pena de não ser integral.

Entretanto, se o Juiz, ainda que equivocadamente conceder a reabilitação, só o Ministério Público poderá impugnar re-

cursalmente a decisão, não a vítima. Já que o ordenamento jurídico não mais confere ao lesado ação para cobrar seu crédito, a nosso ver não tem ele interesse para recorrer em matéria que diga respeito apenas ao *ius puniendi* do próprio Estado.

Art. 96 do CP

191. Art. 96 do CP — medida de segurança

Extinta a punibilidade do crime cuja prática valeu ao réu a imposição da medida de segurança, não subsiste a medida que lhe tenha sido imposta (art. 96, parágrafo único, do Cód. Penal). Seja em decorrência da prescrição da pretensão executória, seja até mesmo da pretensão punitiva (*JTACrim*, *87*:163), não se impõe ou não subsiste a medida de segurança imposta — o que, de resto, tem sentido, pois, em que pesem as finalidades preventivas e assistenciais da medida de segurança, não deixa de ter caráter penal (*RJDTACrim*, *6*:110).

Art. 97 do CP

192. Art. 97 do CP — medida de segurança para inimputável — *v.*

Art. 26 do CP, p. 73.

Imputabilidade, p. 530.

Medida de segurança, p. 651.

193. Art. 97 do CP — medida de segurança — tratamento ambulatorial

O réu que, nos termos do art. 26 do Cód. Penal, for absolvido por inimputabilidade, deverá ser submetido a internação; entretanto, se o fato por ele praticado for previsto como crime punível com *detenção*, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial (art. 97, *caput*, do CP).

A jurisprudência admite seja feita a mesma substituição em crimes punidos com reclusão, praticados sem violência ou grave ameaça, desde que não haja vagas para a internação (*RT*, *634*:272; *RJTJSP*, *116*:468).

Art. 107, I, do CP

194. Art. 107, I, do Cód. Penal — extinção da punibilidade — falsa morte do réu — *v.*

Art. 62 do CPP, p. 124.

Art. 107, II, do CP

195. Art. 107, II, do CP — indulto — *v.* tb.

Indulto, p. 533.

Se o decreto de indulto condicionar a concessão do benefício a quem já tenha efetivamente *cumprido parte da pena*, quem esteja no gozo dos benefícios da suspensão condicional da pena pode beneficiar-se do indulto?

Há duas posições a respeito.

Para uns, o sentenciado que está sob *sursis*, ainda que tenha cumprido parte da suspensão, não se pode dizer tenha cumprido parte da pena, já que a qualquer momento a suspensão pode ser revogada e ele teria de cumprir toda a pena a que foi condenado.

Para outros, essa interpretação mais rigorosa, embora aparentemente correta (pois o réu sob *sursis* não cumpriu efetivamente pena alguma), acabaria por levar à iniqüidade.

Assim, em argumento *ad absurdum*, teria sido melhor que o réu tivesse cometido crime mais grave, não tivesse merecido a suspensão da pena, recebesse prisão aberta, ou até talvez teria sido melhor, em pena curta, que tivesse sido preso, para que, cumprindo com bom comportamento uma parte dela, fosse beneficiado com o indulto…

Ora, se o réu recebeu a suspensão condicional da pena é porque seu crime foi menos grave e porque havia condições objetivas e subjetivas que recomendavam tratar de forma mais branda aquele que delinqüiu. Assim, se até aquele que *cumpriu* parte da pena tem direito ao indulto, *a fortiori* o terá aquele que foi expressamente dispensado de cumpri-la, seja em virtude de ter merecido *sursis*, seja em virtude de livramento condicional: é o que tem decidido, com acerto, a jurisprudência, como se vê de *RT*, *507*:436; *RJTJSP*, *33*:247, *32*:251; *Jurisprudência Mineira*, *41*:156; *RF*, *231*:275-STF, *208*:301, com apoio na doutrina de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (*Comentários ao Código Penal*, v. 4º, p. 163, Forense, 1944).

Acertadamente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que “o condenado que obteve o *sursis* não pode ser privado do benefício do indulto posteriormente concedido” (*RT*, *507*:436).

Não colhe argumentar que o Juiz, ao conceder indulto nesse caso, estaria alargando as hipóteses legais de seu deferimento e invadindo competência constitucional do chefe do Poder Executivo. Fosse esse o caso, seria írrita a decisão judicial, como já o afirmou o Supremo Tribunal Federal (*RTJ*, *121*:158). Mas aqui, o que ocorre é apenas interpretar a norma concessiva do indulto com a largueza que caracteriza a clemência soberana, que, como bem anotou o Min. DJACI FALCÃO (*RT*, *231*:275), é medida mais ampla, que extingue a pena, mais do que apenas suspendê-la (como no *sursis*) ou sobrestá-la (como no livramento condicional). Afinal, *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*.

Poderia parecer que, estando o réu solto, não se poderia aferir seu merecimento ao indulto. Sim, esse argumento valeria para o sentenciado solto, mas foragido; não para o sentenciado que cumpre pena em liberdade, autorizado pela própria sentença, ou ao beneficiário do *sursis* que esteja regularmente cumprindo suas condições. Para aferir a recuperação do delinqüente, melhor que o requisito da boa conduta carcerária, adverte DA-

MÁSIO DE JESUS, é a boa conduta social (*Código Penal anotado*, art. 107, II; no mesmo sentido, cf. *RJTJSP*, *32*:251).

Art. 110 do CP

196. Art. 110 do CP — prescrição retroativa — *v.* tb. *Prescrição*, p. 699.

Embora seja compreensível deseje o réu uma prestação jurisdicional de mérito, que eventualmente reconheça sua inocência, na verdade a prescrição retroativa de que cuidam o art. 110 e seus §§ do Código Penal é forma de extinção da punibilidade pela prescrição da própria pretensão punitiva.

Ora, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, fica *ipso factu* elidida uma das condições de ação, ou seja, o interesse de agir. Assim, não é possível prosseguir no feito.

Admitir a tese do prosseguimento do feito mesmo após extinta a pretensão punitiva, ainda que para reconhecer-se a eventual inocência do réu, seria o mesmo que admitir igual direito, que também não existe, de, apenas invocando interesse moral, querer o Ministério Público provar que o réu é verdadeiramente culpado de um crime que não é mais punível.

Isso não permite nosso Direito.

A jurisprudência já tem enfrentado essa questão: a prescrição retroativa extingue a própria pretensão punitiva, de forma que equivale à ausência de condenação (*RT*, *518*:380; *RTJ*, *55*:233); assim, o exame de mérito fica prejudicado (*RTJ*, *118*:934; *RT*, *638*:337, *630*:366-STF, *602*:325; *JTACrim*, *90*:40, *54*:422, *19*:105; *RTFR*, *124*:195).

Resta saber se, tendo havido apelo, e em face de seu amplo efeito devolutivo, a extinção da punibilidade deveria ser decretada apenas pelo Tribunal *ad quem*, ou se poderia ser decretada de ofício pelo Juízo *a quo*, antes da subida dos autos para conhecimento do recurso já interposto.

A rigor, entregue a prestação jurisdicional e interposto o apelo, o conhecimento da causa passa ao Tribunal *ad quem*; contudo, a nosso ver, seria formalismo excessivo, *concessa venia*, deixar processar um apelo quando já tenha desaparecido uma das condições da ação — o que a nosso ver pode e deve ser reconhecido até de ofício (art. 61 do CPP), a qualquer tempo, em qualquer grau, até mesmo por economia processual.

197. Art. 110 do CP — prescrição da pretensão executória *versus* prescrição da pretensão punitiva — *v.* tb.

Prescrição, p. 699.

Com grande falta de técnica, a Lei n. 7.209/84 deu nova redação ao art. 110 e seus parágrafos do Cód. Penal, de forma que nele se contemplam hoje duas figuras díspares: ***a)*** o *caput* do art. 110 cuida da prescrição da pretensão *executória*; ***b)*** os §§ 1º e 2º do art. 110 cuidam da prescrição retroativa, que agora alcança a própria pretensão *punitiva*.

Com isso, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, já se deve verificar se, pela pena aplicada em concreto, houve ou não prescrição retroativa da pretensão punitiva, considerada a data do fato e os momentos interruptivos subseqüentes, como o recebimento da denúncia e a própria publicação da sentença condenatória recorrível.

Contudo, coisa diversa é o termo inicial para a prescrição da pretensão executória. Este não se conta retroativamente, pois a sentença só poderá ser executada a partir de seu trânsito em julgado para *ambas as partes*. Por isso que, anotando o art. 112 do mesmo Código, bem anotou DAMÁSIO E. DE JESUS que "a prescrição da pretensão executória depende de uma condição, a de haver transitado em julgado a sentença condenatória para a acusação e defesa" (*Código Penal anotado*, nota ao art. 112, ed. Saraiva, 1991; no mesmo sentido, *v.* CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, nota ao art. 112, ed. Freitas Bastos, 1986). Isto é de todo lógico, pois não poderia estar em curso o prazo de prescrição para executar uma sentença que ainda não seria exeqüível...

Daí porque, como bem restou claro em precedente do Tribunal de Justiça paulista (*RJTJSP*, *125*:557), com o trânsito em julgado da condenação, termina a fase da prescrição da ação penal (prescrição da pretensão punitiva) e, imediatamente, começa o novo ciclo, que é o da prescrição da condenação (prescrição da pretensão executória).

198. Art. 110 do CP — aumento do prazo da prescrição pela reincidência — *v.* tb.

Art. 63 do CP, p. 127.

Art. 117, VI, do CP, p. 163.

Reincidência, p. 733.

Em se tratando da prescrição da pretensão punitiva, parte da doutrina entende não deva haver aumento do prazo prescricional em vista da reincidência. Como observa DAMÁSIO E. DE JESUS, a propósito da reincidência, "há duas orientações: *1ª) não aumenta o prazo*. Nesse sentido; *RT*, *600*:303, *597*:291, *578*:304, *576*:398, *556*:347, *551*:360, *428*:298 e *403*:82; *JTACrimSP*, *91*:89, *90*:167, *43*:371, *28*:317, *22*:62 e *20*:131; *RJTJSP*, *95*:388, *9*:500 e *8*:435; *2ª) aumenta*: *JTACrimSP*, *88*:110 e *48*:319. Correta a primeira orientação, uma vez que a prescrição retroativa é forma da prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 109) e o princípio do art. 110, *caput*, parte final, só é aplicável à prescrição da pretensão executória" (*Código Penal anotado*, art. 110, ed. 1991). No mesmo sentido, CELSO DELMANTO entende que "o aumento devido à reincidência só incide na hipótese de prescrição depois de transitar em julgado a condenação" (*Código Penal comentado*, notas ao art. 110, ed. Freitas Bastos, 1986).

Entretanto, esse entendimento não vem sendo seguido pelos maiores tribunais do País, porque o art. 110 e seus parágrafos *não mais cuidam apenas da prescrição da pretensão executória*, e sim *cuidam também da prescrição da pretensão punitiva, com base na pena concretizada na sentença*. Assim, o aumento do prazo prescri-

cional, previsto no *caput*, deve referir-se tanto à prescrição da pretensão punitiva como à prescrição da pretensão executória.

Embora apreciando questão sob a redação antiga do art. 110 do Cód. Penal (antes da Lei n. 7.209/84), mas em decisão que ainda mantém atualidade em face da atual redação do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o parágrafo do art. 110 (hoje a referência seria ao seu § 1º) "deve ser interpretado em conjugação com o *caput* do dispositivo. E se o prazo prescricional que se regula pela *pena imposta* é majorado de um terço, em caso de reincidência, tenho que, por identidade de razões, esse prazo majorado é aplicável à prescrição da ação penal, com base na pena concretizada na sentença" (*RTJ*, *79*:844). Em julgamento mais recente, já sob a Lei n. 7.209/84, o mesmo tribunal reiterou seu entendimento (*RTJ*, *123*:984, e *RHC* n. 64.295-SP, *DJU*, 4-9-87, p. 18.827).

Já sob a luz da redação atual do art. 110 do Cód. Penal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, "sendo o réu reincidente, o prazo prescricional será acrescido de um terço, seja no caso da prescrição da pretensão executória, quer em se tratando da prescrição retroativa pela pena concretizada", pois, "para efeito de aplicação do art. 110, *caput*, *in fine*, do Cód. Penal, não há distinguir entre a prescrição da pretensão executória e a que alcança a pretensão punitiva" (*RT*, *652*:341)[18].

Enfim, à vista da reincidência, só não se aumenta um terço do prazo prescricional *se estivermos considerando a prescrição pela pena em abstrato*; mas, se estivermos diante do cálculo da prescrição com base na pena concretamente imposta ou aplicada na sentença, haverá o aumento da terça parte em vista da reincidência, quer estejamos diante de prescrição da pretensão executória, quer seja a hipótese de prescrição da pretensão punitiva calculada à vista da pena concretizada na sentença.

---

18. No mesmo sentido, *v. RT*, *668*:322, e REsp 6.814, j. 19-11-91, STJ, *DJU* 3-2-92, p. 476-7.

Art. 111 do CP

199. Art. 111 do CP — prescrição — termo inicial — *v.*

Art. 242 do CP, p. 285.

Prescrição, p. 699.

Art. 112 da LEP

200. Art. 112 da LEP — regime progressivo no cumprimento da pena — *v.*

Prisão albergue, p. 706.

Regime na execução, p. 732.

201. Art. 112 da LEP — progressão antes do trânsito em julgado da sentença

Se a sentença condenatória impõe ao réu regime semiaberto, e a acusação apela em busca de imposição de regime inicial fechado, enquanto a condenação não tiver transitado em julgado a condenação, inviável será falar em progressão da pena para regime mais brando, ou em consolidação do regime fixado na sentença, se o objeto do apelo é justamente a imposição de regime mais gravoso.

É verdade que alguns julgados têm admitido a progressão do regime prisional mesmo a presos provisórios: "é possível a progressão da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Precedentes do STF" (*HC* n. 71.907-SP, rel. Min. Francisco Rezek, j. 19-3-96, 2ª T., *DJU*, 7-3-97, p. 5.398). Contudo, para que isso se dê, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado ser mister que a sentença tenha transitado em julgado para o Ministério Público: "*Habeas-corpus*. Preso provisoriamente. Lei n. 7.210/84, art. 2º. Decisão que transitou em julgado para o Ministério Público, pendendo de julgamento o recurso interposto pelo réu, ora paciente. Pretensão a progredir do regime fechado para o semi-aberto. *Habeas-corpus* deferido, em parte, para que o

paciente possa gozar do beneficio da progressão para o regime semi-aberto, afastada, porém, a possibilidade da prisão-albergue domiciliar, na hipótese de não existir estabelecimento apto à execução da pena em prisão especial no regime semi-aberto. Precedente do STF, no *HC* n. 68.118-2/SP" (*HC* n. 68.572-DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 14-5-91, 2ª T. STF, m.v., *DJU*, 22-11-91, p. 16.846).

Ainda no mesmo sentido do descabimento da progressão de regime para o preso provisório, *v. RTJ*, *123*:554; *RT*, *712*:387, *657*:285; *RJDTACrim*, *16*:193, *6*:192.

202. Art. 112 da LEP — progressão por saltos — inviabilidade

Segundo o art. 112 da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva. Assim, é inadmissível a supressão de fases no cumprimento da pena; exige-se que o sentenciado passe por fases intermediárias, para avaliação de sua readaptação social, para que faça jus aos últimos estágios da progressão (*RT*, *727*:499, *666*:319, *645*:268, *610*:338, *605*:411).

203. Art. 112 da LEP — regime progressivo — requisitos objetivos e subjetivos

O art. 112 *caput* da LEP dispõe que "*a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a promoção*".

Em inteira harmonia com o que dispõe o § 2º do art. 33 do Código Penal, torna-se pois imprescindível avaliar, ao lado das circunstâncias objetivas, as condições de merecimento individual do agravante para a pretendida progressão.

Não basta cumprir 1/6 da pena e obter parecer favorável da Comissão Técnica de Classificação, para deferir-se automati-

camente a progressão. Assim fosse, e a própria comissão técnica ou o diretor do presídio poderiam diretamente autorizá-la, prescindindo da atividade jurisdicional.

Como diz Mirabete, além do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, exige a lei que o mérito do condenado recomende a progressão (*Execução penal*, comentários ao art. 112, ed. Atlas, 1987). Ora, *mérito* é aptidão, capacidade, superioridade, merecimento, valor moral, ou seja, no caso, é o título para se obter a progressão. Como anota o penalista, não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à promoção (no mesmo sentido, *v.* Daniel Prado da Silveira e Hideo Ozaki, *Prática da execução penal*, p. 11, Saraiva, 1991; cf. *RT*, *628*:301, *601*:321, *591*:331). Tal comportamento deve somar-se a outros fatores que indiquem com segurança a aptidão à progressão, intimamente ligada com a recuperação do condenado, de modo a autorizar a confiança do julgador no sentido de que esteja o sentenciado pronto para assumir maiores responsabilidades num regime prisional mais flexível.

Na verdade, o Juiz há de considerar todos os dados em concreto à sua disposição, sopesando criteriosamente o cabimento ou não da progressão. Não pode desconsiderar que a administração dos presídios, diretamente preocupada com o volume da população carcerária, nem sempre tem adequados critérios a propósito do merecimento da progressão.

Depois, é mister ver o caso concreto. Se o sentenciado praticou crimes de excepcional gravidade pela violência que os integra (como roubos à mão armada, que geram insegurança e revolta da população, com a ruptura da ordem e da paz social), e se, apesar de preso há anos, o sentenciado só remiu poucos dias, pode ser infundado já falar em sua ressocialização, até mesmo porque ter apenas um bom comportamento carcerário não raro significa adaptação, sem que a esta necessariamente corresponda a desejada recuperação social do delinqüente.

Por fim, muitas vezes se nota um contra-senso. Em casos de gravidade, como roubos à mão armada, alguns juízes mantêm

os réus presos provisoriamente durante todo o processo, mas quando os sentenciam, de imediato lhes concedem regime inicial aberto. Não deixa de ser ilógico que os tenham submetido à prisão durante toda a fase processual e, depois da integral procedência com condenação definitiva, concedam-lhe de imediato regime mais brando que o da própria prisão anterior à condenação, desconsiderando a necessidade de seguir-se o regime progressivo.

Art. 115 do CP

204. Art. 115 do CP — redução dos prazos da prescrição — menoridade ou velhice — aplica-se à pretensão punitiva ou executória

A redução do prazo prescricional em vista da idade, como vem prevista no art. 115 do Cód. Penal, incide quer estejamos diante da prescrição da pretensão punitiva (ainda que retroativa), quer diante prescrição da pretensão executória (*HC* n. 67.362-7-PR, *DJU*, 16-6-89, *in RT*, *652*:341).

205. Art. 115 do CP — pessoa com mais de 70 anos à data do acórdão

O art. 115 do Cód. Penal manda que a prescrição se conte por metade se, *ao tempo da sentença*, o réu é maior de 70 anos (CP, art. 115).

Literalmente *ao tempo da sentença* o réu poderia ter menos do que isso, mas pode ter mais de setenta quando da publicação do acórdão que confirma ou reforma a sentença de primeiro grau. Nesse caso, a dicção legal não pode ser tomada apenas em seu sentido literal. *Ao tempo da sentença* também significa *ao tempo do acórdão*, se houve recurso interposto apenas pelo réu: nesse sentido, cf. *RT*, *614*:282, precedente invocado por DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código Penal anotado*, notas ao art. 115, ed. Saraiva, 1991).

Art. 117 do CP

206. Art. 117 do CP — suspensão da prescrição nos tribunais

Os tribunais têm entendido que "interrompe o lapso prescricional a data da sessão de julgamento, onde foi proferida a decisão condenatória, não se considerando, para tanto, quer o dia da sua publicação, ou aquele no qual transitou em julgado. Precedentes do STF" (*RHC* n. 6.556/SP, 6ª T., STJ, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 18-8-97, *DJU*, 22-9-97, p. 46.560).

Com efeito, "a interrupção do prazo prescricional se dá no dia da realização do julgamento, e não no dia de publicação do acórdão no Diário de Justiça. Com esse entendimento, a Turma indeferiu *habeas-corpus* impetrado contra decisão tomada em ação penal originária por Tribunal de Justiça, em que se alegava a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, considerado o lapso de tempo entre o recebimento da denúncia e o dia da publicação do acórdão condenatório. Precedente citado: RE 78.068-MG (*RTJ*, *71*:850). *HC* n. 76.448-RS, rel. Min. Néri da Silveira, 17-2-98" (*Informativo STF*, n. 100).

207. Art. 117 do CP — Lei n. 9.268/96

Os parágrafos do art. 117 do Código Penal não foram revogados pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996. Entre outras alterações que fez no Cód. Penal, esta lei manteve, *ipsis litteris*, a redação anterior dos incs. V e VI do art. 117 do Cód. Penal, os quais cuidam de causas de interrupção da prescrição. Em momento algum revogou ela os parágrafos desse dispositivo legal.

Mas então seria de perguntar porque a Lei n. 9.268/96 se dispôs, de forma inútil, a repetir literalmente incisos que não foram alterados. O que ocorre é que o projeto de que se originou dita lei pretendia incluir mais dois incisos no art. 117, que caíram na tramitação legislativa; entretanto, a *mens legis* não consis-

tiu em revogar ditos parágrafos, pois, caso contrário, o teria feito expressamente, como quando revogou os parágrafos 1º e 2º do art. 51 do Cód. Penal, cujo *caput* foi por ela alterado (arts. 1º e 3º da Lei n. 9.268/96).

Art. 117, VI, do CP

208. Art. 117, VI, do CP — interrupção da prescrição pela reincidência — *v.* tb.

Art. 110 do CP, p. 156.

O art. 117, VI, do Cód. Penal, inclui a *reincidência* entre as causas interruptivas da prescrição. Há entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a reincidência só interrompe a prescrição da pretensão executória[19]; contudo, a lei não restringe: diz que a reincidência interrompe a prescrição, e o art. 117 do Cód. Penal está a cuidar tanto da prescrição da pretensão punitiva (como quando fala da interrupção da prescrição com o recebimento da denúncia ou da queixa— inc. I) como da interrupção da prescrição da pretensão executória (como quando fala do início ou continuação do cumprimento da pena — inc. V).

Registre-se, outrossim, que a interrupção da prescrição, por força da reincidência, se dá pela prática do novo crime e não por força da sentença condenatória com trânsito em julgado que o reconhece (*RTJ*, *107*:990, *69*:47; *RT*, *590*:377, *511*:404; *JTACrimSP*, *50*:119, *44*:120). Ou, como já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “a reincidência, consoante dispõe o art. 117, VI, do Cód. Penal, é causa interruptiva da prescrição, não exigindo um segundo trânsito em julgado para sua caracterização. No dia do cometimento do segundo crime, o prazo prescricional é automaticamente interrompido” (*RJDTACrim*, 7:210, rel. Fábio de Araújo).

19. CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, cit., art. 117, VI.

209. Art. 117, VI, do CP — reincidência — crime e contravenção — efeitos

O art. 117, VI, do Cód. Penal, estabelece que o curso da prescrição se interrompe *pela reincidência*.

A questão que ora colocamos consiste em saber se, *com a prática de contravenção penal*, se interrompe o curso da prescrição da pretensão executória de pena definitivamente imposta *pela prática de crime*. Em outras palavras, é reincidente aquele que comete contravenção penal, depois de definitivamente condenado por crime?

A resposta poderia parecer que sim, à vista do art. 7º do Dec.-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), que estabelece ser reincidente quem comete uma contravenção penal, depois de definitivamente condenado por crime ou contravenção anterior.

Entretanto, o art. 7º do Dec.-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais) está dispondo apenas sobre o que considera reincidência, para os fins dessa mesma lei, ou seja, é considerado reincidente, *na prática contravencional*, o agente que comete uma contravenção penal, depois de ter sido definitivamente condenado por crime ou contravenção anterior.

Mas, para fins de imposição de pena em decorrência da *prática de crime*, é menos ampliativo o conceito de reincidência contido no Cód. Penal. Segundo seu art. 63, reincidente é aquele que comete *novo crime*, depois de ter sido definitivamente condenado *por crime anterior*.

No caso ora sob exame, trata-se de discutir se a punibilidade de um *crime* está extinta, pela prescrição. Diz o art. 117, VI, do Cód. Penal, que o curso da prescrição se interrompe *pela reincidência*. Parece-nos claro que, *quando se cuide de aferir se o réu pode ser punido por crime, a reincidência supõe a prática de crime anterior* (CP, art. 63).

O art. 7º da Lei de Contravenções Penais teria aplicação à hipótese, por exemplo, se estivéssemos discutindo se houve

ou não prescrição da pretensão executória de pena imposta pela prática de contravenção penal; nesse caso, se no curso do prazo prescricional o réu cometesse nova contravenção, seria reincidente, e haveria a interrupção da prescrição (art. 117, VI, do CP).

Art. 119 do CP

210. Art. 119 do CP — extinção da punibilidade no concurso de crimes

No concurso de crimes (seja no concurso material ou formal, seja no crime continuado), a prescrição é calculada de forma independente *para cada infração, considerada isoladamente* (art. 119 do Cód. Penal; *RTJ*, *96*:1019; *RT*, *571*:414, *569*:339, *547*:420; *JTACrim*, *95*:294).

Art. 120 do CPP

211. Art. 120 do CPP — pedido de restituição de coisa apreendida — *v.*

Pedido de restituição, p. 672.

212. Art. 120 do CPP — restituição de coisa apreendida — quando não cabe

É freqüente que terceiro, alegando boa-fé, compareça ao feito, pedindo a restituição da coisa apreendida.

Se a coisa apreendida ainda interessar ao processo, não deve ser restituída; restará sempre ao interessado as vias cíveis para discutir sua propriedade (CPP, art. 120, § 4º).

213. Art. 120 do CPP — restituição de coisa apreendida — estelionato — *v.* tb.

Art. 171 do CP, p. 245.

Pedido de restituição, p. 672.

Não interessando a *res* apreendida ao processo, nem havendo dúvida sobre sua propriedade, deve o Juiz deferir a restituição pretendida, sem prejuízo de poderem os interessados discutir a questão dominial, com maior abrangência e com maior dilação probatória, perante o juízo cível.

Mas, "em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea" (CPP, art. 120, § 4º).

Neste caso, é prudente que o Juízo criminal não decida a questão, mormente no curso da instrução: não teria sequer como fazê-lo com justiça, mesmo porque o tratamento a ser dado à hipótese dependeria até da natureza da infração (a jurisprudência tem admitido a restituição do bem apreendido em favor da vítima do roubo, do furto ou da extorsão, mas, no caso de estelionato ou apropriação indébita, por exemplo, não raro se remetem as partes ao juízo cível, cf. *RTJ*, *71*:553).

Art. 121, § 3º, do CP

214. Art. 121, § 3º, do CP — homicídio culposo — *v.*

Homicídio culposo, p. 526.

Art. 128 do CP

215. Art. 128 do CP — aborto — *v.*

Aborto, p. 33.

Art. 129 do CP

216. Art. 129 do CP — lesões corporais — *v.*

Art. 129, § 6º, do CP, p. 168.

Art. 129, § 8º, do CP, p. 168.

Art. 137 do CP (rixa – desclassificação), p. 175.

Arts. 158-9 do CPP (perícia), p. 232, 233 e s..

Dores, p. 486.

Eritema, p. 497.

Trânsito, p. 797.

217. Art. 129 CP — ofensa à saúde — servir bebida alcoólica a menor que passa mal — *v.* tb.

Art. 63 da LCP (servir bebida alcoólica a menor), p. 132.

Art. 132 do CP, p. 170.

Suponhamos que o agente sirva bebida alcoólica a um menor, provocando-lhe mal-estar físico. Teria cometido crime de perigo ou de dano?

Dependendo da gravidade do mal-estar causado à vítima, poderemos ter a presença do crime de dano. Sabe-se que as lesões corporais (crime de dano) compreendem qualquer ofensa à integridade corporal ou à saúde de alguém. Consoante ensinamento de ANÍBAL BRUNO, "entende-se por lesão corporal qualquer alteração desfavorável produzida no organismo de outrem, anatômica ou funcional, local ou generalizada, de natureza física ou psíquica seja qual for o meio empregado para produzi-la" (*Direito penal*, parte especial, tomo IV, *Crimes contra a pessoa*, p. 183, 2ª ed., Forense, 1972).

Sob esse prisma, MIRABETE sustenta, com razão, constituir ofensa *à saúde* da vítima prejudicar-lhe o equilíbrio funcional do organismo (*Manual de direito penal*, v. 2, p. 87, 6ª ed., Atlas, 1991), de forma que, dependendo da gravidade dos distúrbios fisiológicos provocados, podem e devem ser considerados lesões corporais, como vômitos ou estados de inconsciência (coma alcoólico profundo, com hipotonia identificada).

218. Art. 129 CP — lesões corporais recíprocas

"Tratando-se de entrevero de mútua iniciativa em que os briguentos se desafiam e buscam, cada qual, desforra em

razão de altercações anteriores, devem ambos ser responsabilizados pelas conseqüências reciprocamente causadas" (*JTACrim*, *32*:184).

Art. 129, § 6º, do CP

219. Art. 129, § 6º, do CP — *v.*

Art. 129 do CP, p. 166.

Art. 303 da Lei n. 9.503/97, p. 301.

Crime culposo, p. 444.

Culpa, p. 461.

Lei n. 9.099/95, art. 88 (representação), p. 585.

Art. 129, § 8º, do CP

220. Art. 129, § 8º, do CP — lesões corporais — perdão judicial — *v.*

Art. 129 do CP, p. 166.

Trânsito, p. 797.

221. Art. 129, § 8º, do CP — perdão judicial em caso de lesões corporais culposas de natureza leve

O perdão judicial para os crimes culposos foi instituído pela Reforma Penal de 1977, mediante o acréscimo do § 5º ao art. 121 do Cód. Penal, e do § 8º do art. 129, que se reporta ao primeiro (Lei n. 6.416/77).

Assim diz o § 5º do art. 121 do Cód. Penal: "Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária".

A *mens legis* foi evitar punir criminalmente aquele que os próprios fatos já atingiram de forma a tornar não só desnecessária como até mesmo injusta a imposição de pena, que, no con-

creto, teria perdido qualquer caráter de prevenção geral ou especial.

A referência às *conseqüências que atingem o agente de forma grave* se explica muito naturalmente, porque o § 5º estava cuidando de homicídio culposo.

Entretanto, o § 8º do art. 129 cuida de lesões corporais culposas, e apenas se remete ao § 5º do art. 121. Ora, é certo que as lesões corporais culposas podem gerar conseqüências quase tão graves como a própria morte, como nos acidentes que deixam seqüelas incapacitantes.

Mas a verdade é que o legislador quis alcançar tanto os casos de homicídios culposos como de lesões corporais culposas, sem excluir as lesões mais graves.

Contudo, o critério da gravidade em si da lesão não só não basta, seja porque em alguns casos pode ser insuficiente, como, paradoxalmente, pode ser superfetação, porque excessivo. Com efeito: de um lado, pode ser insuficiente, porque há homicídios culposos em que *o próprio réu* não é atingido ou não se sinta atingido pelo evento, nem mesmo indiretamente; de outro, pode ser excessivo, porque há casos em que as lesões são leves, mas o réu sofre séria e diretamente as conseqüências do evento (como quando lesados são seus filhos ou sua esposa).

Suponhamos que o réu se envolva num acidente em que se lesionam gravemente ou morrem sua mulher e filhos: receberá ele perdão judicial. Mas se estes se ferem levemente, não teria direito ao perdão... Ou seja, seria perdoado no caso mais grave e punido no mais leve... Como se, *ab absurdo*, fosse desejável para o legislador e para o próprio réu que o dano fosse o maior, para que fosse perdoado!

Por entender que a *gravidade das conseqüências* não está na lesão das vítimas, mas na forma como o agente é atingido pelo resultado da infração ("em função das conseqüências desfavoráveis, físicas ou morais", a que alude PAULO JOSÉ DA COSTA, *A nova lei penal*, p. 79, ed. Rev. dos Tribunais), o Tribunal de Al-

çada Criminal de São Paulo acertadamente já tem admitido o perdão judicial mesmo em caso de lesões corporais leves, de natureza culposa (*RT*, *520*:398 e *JTACrim*, *50*:332).

Assim, se as vítimas sofreram ferimentos apenas leves, mas o réu foi efetivamente alcançado de forma séria pelas conseqüências do evento (seja porque as vítimas foram sua mulher, seu amigo e ele próprio, além dos evidentes danos materiais), mais justo se nos afigura o perdão judicial do que a inexpressiva sanção pecuniária ou as penas substitutivas, que, no caso, não teriam efetivo caráter repressivo nem dissuasório.

Por fim, a nosso ver, nada obsta a que seja concedido o perdão judicial, de que cuidam os arts. 129, § 8º, e 121, § 5º, do Cód. Penal, aos crimes culposos de que tratam os arts. 302-3 do Cód. de Trânsito Brasileiro.

Art. 132 do CP

222. Art. 132 do CP — servir bebida alcoólica a menor — *v.* tb.

Art. 63 da LCP (servir bebida alcoólica a menor), p. 132.

Art. 129 do CP, p. 166.

Art. 129 do CP (servir bebida alcoólica a menor), p. 167.

Da contravenção do art. 63 da Lei de Contravenções penais não se cuida, quando o menor, a quem se lhe serve bebida alcoólica, vem a passar mal. A contravenção é uma infração ainda mais subalterna que o mero crime de perigo, e o que a lei pune, no art. 63 da lei contravencional, é simplesmente o fato de servir-se bebida alcoólica a menor, independente de este passar mal.

Mas, se em concreto a saúde ou a vida do menor vem a sofrer perigo direto e iminente, pode configurar-se a infração do art. 132 do Cód. Penal; e se a saúde do menor sofreu danos, haverá a infração do art. 129, ou até crime de maior gravidade.

Nesses casos em que tenha havido perigo direto e real à vida ou à saúde de pessoa determinada, a jurisprudência corretamente tem entendido que a hipótese ultrapassa a mera contravenção para ingressar no campo do crime de perigo: assim é o que entendeu em situação parelha, quando se optava entre a contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais e o art. 132 do Cód. Penal (*RT*, *427*:425), ou entre a contravenção do art. 28 da Lei de Contravenções Penais e o art. 132 do Cód. Penal (*JTACrim*, *25*:270, *24*:409; *RT*, *450*:320).

223. Art. 132 do CP — perigo para a vida ou saúde de outrem *versus* direção perigosa de veículo — *v.* tb.

Lei n. 9.503/97 (art. 309 CTB), p. 627 e s.

"O crime do art. 132, do Cód. Penal, não pode ser cometido sob a forma de delito culposo" (FREDERICO MARQUES, *Tratado de direito penal*, 1ª ed., Saraiva, 1961, vol. IV, § 185, n. 5, p. 307; no mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, 26ª ed., Saraiva, 1994, vol. II, n. 301, p. 85). Desta forma, para que esteja presente a infração do art. 132 do Cód. Penal, é mister que o agente aja *com dolo*, ainda que apenas de perigo e não de dano (ANÍBAL BRUNO, *Direito penal*, t. IV, p. 236, 1ª ed., Forense, 1966).

"Tratando-se de pilotagem perigosa, não há confundir o delito do art. 132 do Cód. Penal com a contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais. O contraventor que dirige perigosamente cria uma situação de perigo indeterminado para pessoas indeterminadas, inclusive o próprio contraventor. No crime, a situação de perigo criada visa a pessoa certa e determinada" (Ap. 1.094.991-4 – Mirante do Paranapanema, 6ª Câm. TACrim, v.u., j. 13-5-98, rel. Penteado Navarro).

Se o agente, embriagado, está ziguezagueando pela via pública e colide com outro veículo, objetivamente expõe a vida e a saúde do condutor deste veículo a situação de perigo; contudo, estando ausente o elemento subjetivo da vontade ou a consciência de criar tal situação de perigo, caracteriza-se apenas a

contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais e não o crime do art. 132 do Cód. Penal (*RJDTACrim*, *9*:126).

Art. 133 da CF

224. Art. 133 da CF — Advogado — inviolabilidade — *v.* tb.

Advogado, p. 42.

Advogado – imprescindibilidade, p. 45.

Contraditório, p. 428.

A inviolabilidade do advogado encontra limites da lei; afirmá-lo não é negar vigência ao art. 133 da Constituição, pois é esta própria que o assegura, no mesmo dispositivo invocado.

Assim, entre outras leis que situam o exercício da liberdade de expressão dentro de limites que não firam direitos alheios, há o próprio Código Penal que pune as injúrias, calúnias e difamações, à exceção da ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pelas partes ou seu procurador (CP, arts. 138-142).

Art. 135 do CP

225. Art. 135 do CP — omissão de socorro — *v.*

Art. 304 do CTB, p. 304.

Culpa, p. 461 e 465.

226. Art. 135 do CP — omissão de socorro — crime doloso e não culposo — *v.* tb.

Culpa, p. 461.

Dolo, p. 486.

O tipo do art. 135 do Cód. Penal considera a ação de quem, entre outras hipóteses, deixa de prestar assistência, quando possível de fazê-lo sem risco pessoal, a quem esteja sob grave e iminente perigo. Entretanto, a lei não insere um ele-

mento normativo no tipo (*devida assistência*), mas sim descreve apenas um crime omissivo próprio, qual seja, a ação de quem, *dolosamente*, recusa toda e qualquer assistência à vítima.

Em face desse dispositivo penal, são freqüentes os casos em que médicos são denunciados por omissão de socorro, quando recusam internação a quem logo mais vem a morrer, ou dão tratamento ou receituário que logo se mostram insuficientes para evitar o êxito letal.

Nesses casos, terá havido omissão de socorro?

Tomemos como exemplo o caso de um médico que esteja de plantão em pronto-socorro municipal. Suponhamos que a mãe de uma criança, com quadro de febre e vômitos, leve-a ao plantão, e seja ela submetida a exame do médico, que lhe dá receita que lhe pareça adequada, dispensada a internação. Suponhamos mais que, aviada a receita, o quadro mesmo assim continua a agravar-se e a vítima vai a óbito.

Sem dúvida, casos como esse, que infelizmente ocorrem com certa freqüência na vida prática, estão a demonstrar que o paciente pode estar em grave e iminente perigo, como na hipótese concreta se aferiu do evento letal, ocorrido pouco depois do atendimento. No mínimo, terá havido um erro de avaliação da gravidade da situação por parte do médico.

Entretanto, em casos como esse, teria havido omissão de socorro ao menor? Falando em tese, parece-nos que não. O médico poderia ter atendido a criança com presteza; poderia ter ouvido atentamente o histórico do caso, contado pela mãe; poderia ter examinado a criança com zelo e, dentro de seus conhecimentos e sua experiência, poderia ter diagnosticado afecção sem maior gravidade, a não exigir internação, e ter-lhe dado receita adequada para o quadro que entendera presente; poderia ainda ter recomendado aos pais a imediata volta do menor ao pronto-socorro, caso os sintomas não cedessem.

O evento morte, ocorrido logo depois, é verdade, em tese pode fazer crer que o atendimento fora superficial e, até,

talvez incorreto. Entretanto, força é convir que, no exemplo dado, *não teria faltado o atendimento ao menor*. Poderia ter havido até mesmo um erro do médico de diagnóstico, ou sobre a avaliação da gravidade do estado do menor; ou um erro de prognóstico e até um erro de tratamento. Entretanto, tais erros, desde que não sejam grosseiros, são próprios de uma ciência inexata como o é a Medicina e o são tantas outras ciências, como até mesmo a nossa, do Direito — e nem sempre os erros serão criminosos. No caso, o crime de omissão de socorro, para ser punido, exige ação dolosa, de forma que, como bem anotou CELSO DELMANTO, *o erro sobre a avaliação do perigo exclui o dolo*. Isso que significa que só se pune a omissão de socorro *quando haja o dolo de não socorrer* — o que, à evidência, nada indica tenha ocorrido no exemplo dado.

Para que houvesse o crime de omissão de socorro, na modalidade em exame, seria mister ter faltado o atendimento. Por isso, anotando que a existência de efetivo atendimento, ainda que incorreto, exclui o crime da omissão de socorro, MIRABETE conclui, corretamente, que "comete o delito de homicídio culposo e não o de omissão o médico que, negligenciando no atendimento do paciente, com o qual sequer manteve contato pessoal, e limitando-se a receitar-lhe medicamento por intermédio de enfermeira, contribuiu de forma eficaz para a sua morte (*RT*, *521*:432)" (*Manual de direito penal*, v. 2, 6ª ed., p. 121, Atlas). Mas, neste último caso, o crime culposo (homicídio ou lesões corporais) não dispensa a presença do elemento subjetivo necessário (violação de um dever objetivo de cuidado, por meio das costumeiras formas de imprudência, negligência ou imperícia).

Supondo que, no caso, a denúncia não impute qualquer resultado ao réu a título de culpa, teremos que, atendo-nos aos limites de uma conduta desejada (dolo), não se poderia punir por omissão de socorro o médico que desse assistência à vítima, ainda que pudesse ter-se enganado quando à gravidade do quadro clínico que se apresentava, e que, para infelicidade, teria levado a óbito a vítima.

Art. 137 do CP

227. Art. 137 do CP — rixa — desclassificação para o art. 129 do CP — *v.* tb.

Art. 129 do CP, p. 166.

Arts. 383-4 do CPP, p. 341.

Se a denúncia somente imputou aos réus a participação em crime de rixa, sem mencionar a ocorrência de lesões corporais nos contendores, não poderá a sentença, sem prévio aditamento, condená-los por lesões corporais, ainda que na instrução reste identificada sua autoria. Isso ocorre porque as lesões corporais, por si sós, não estão implícitas no tipo do art. 137, *caput*, do Cód. Penal.

Mas e se a denúncia imputou aos réus a participação em rixa e descreveu a ocorrência de lesões corporais leves como resultado do entrevero? Nesse caso, se a instrução permitir afastar o estado de incerteza de autoria das lesões (que caracteriza a rixa), poderia a sentença condenar um ou alguns dos contendores pela autoria das lesões, sem necessidade de prévio aditamento da denúncia? Em outras palavras, se todos os réus só foram denunciados por rixa, tendo a denúncia mencionado que do evento resultaram lesões corporais nos próprios contendores, poderia a sentença, independentemente de aditamento da denúncia, desclassificar a acusação de rixa para lesões corporais, desde que a prova conseguisse individualizar seus autores?

Se a denúncia imputa o crime de rixa a todos os réus, *e descreve a prática de lesões atribuídas a todos os contendores durante a rixa*, isso quer dizer que lhes está atribuindo, embora de forma indistinta, a autoria e a materialidade das lesões provocadas. Ora, se a instrução permite identificar perfeitamente os agressores e os que foram agredidos, não há falar em rixa, e sim em lesões corporais, e, dessa forma, não haverá surpresa para os réus que se vejam condenar pela prática das lesões, se já tiveram oportunidade de se defender da acusação que foi, preci-

samente, de terem lutado e provocado as lesões. Essa solução, a nosso ver, só é possível, porém, se a desclassificação operada não estiver a invocar figura penal diversa da descrição dos fatos contida na denúncia (que, supostamente, em nosso exemplo, terá mencionado a rixa e apontado as lesões corporais como resultado).

Mas se a denúncia não atribuiu expressamente as lesões corporais aos contendores da rixa, a desclassificação do art. 137 para 129, sem aditamento, não deverá ser admitida. Apontando a diversidade de elementos subjetivos nos delitos dos arts. 129 e 137 do Cód. Penal, entende-se indispensável o aditamento para alterar a imputação: “não se pode dizer, a rigor, que a rixa esteja implicitamente contida num crime de lesões corporais. O dolo que os informa é diverso. Nesta infração é preordenado, ao passo que na primeira surge *ex improviso*. Daí a necessidade de se observar o disposto no art. 384, parágrafo único, do Cód. de Processo Penal, antes de se desclassificar o delito do art. 137 para o 129 do Cód. Penal” (*RT*, *391*:302).

Art. 141, II, do CP

228. Art. 141, II, do CP — crimes contra a honra — *v.*

Ação penal privada, p. 40.

Art. 145 do CP, p. 178.

Crimes contra a honra, p. 448.

229. Art. 141, II, do CP — crimes contra a honra — legitimidade para propor a ação

Nem sempre tem o Ministério Público legitimidade ativa para promover ação penal por crime contra a honra de funcionário público: é mister que, para tanto, a ofensa à honra da vítima tivesse sido cometida *em razão de suas funções* (CP, art. 141, II, e 145, parágrafo único). Fora daí, teremos crime de ação privada.

Tivemos um caso que só *aparentemente* se enquadra dentre os crimes de ação pública condicionada: a vítima era funcionário público ao tempo dos fatos e fora acusada pelo réu, autor da ofensa à sua honra, de subtrair um pacote de bolachas da Prefeitura.

Entretanto, consta que a vítima era *vigia junto à balança municipal*. Se tivesse sido acusada de fraudar as pesagens em benefício de uns ou em detrimento de outros, ou de fazer seu mister sob pagamento de propinas, estaria evidente que teríamos ofensa *propter officium*. Fora, porém, acusada de levar para casa um pacote de bolachas destinado à merenda escolar, que nada indicava estivesse sob sua guarda ou vigilância.

Se nada indicava que a acusação tivesse algo a ver com a *função pública que a vítima exercia*, as supostas ofensas que recebeu deveriam ser apuradas em ação penal *privada* e não em ação pública condicionada.

A doutrina não discrepa desse entendimento. Assim, para que se reconheça a qualificadora do art. 141, II, do Cód. Penal — sem cuja presença não há falar em ação pública condicionada (CP, art. 145, parágrafo único) — MIRABETE observa que "deve haver uma relação de causa e efeito entre a ofensa e a função" (*Manual de direito penal*, v. 2, n. 150, n. 8.4.1, ed. Atlas, 1991); no mesmo sentido, DELMANTO salientou ser "necessário que a ofensa tenha como alvo e motivação essa qualidade da vítima" (*Código Penal comentado*, art. 141); com outras palavras, mas expressando a mesma idéia, diz DAMÁSIO que se exige "relação de causalidade entre o fato e o exercício da função" (*Código Penal anotado*, nota ao art. 141, ed. Saraiva, 1991). Para NORONHA, "devem a injúria, a difamação ou a calúnia assacadas contra funcionário relacionar-se ao exercício do cargo que exerce" (*Direito penal*, v. 2, n. 359, 21ª ed., Saraiva, 1986). Por fim, NÉLSON HUNGRIA salientou, com inexcedível clareza: "o especial aumento de pena é proteção dispensada, precipuamente, à função pública. Imprescindível, portanto, é que haja conexão entre o exercício desta e a irrogada. (...) É preciso que a ofensa se *insira* na função" (*Comentários ao Código Penal*, art. 141, n. 140).

Art. 142, I, do CP

230. Art. 142, I, do CP — crimes contra a honra — injúria ou difamação — exclusão do crime — *v.*

Crimes contra a honra, p. 448.

Art. 144 do CP

231. Art. 144 do CP — crimes contra a honra — pedido de explicações — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Lei n. 5.250/67 (direito de resposta), p. 564.

O art. 144 do Cód. Penal insere-se entre os dispositivos que cuidam dos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação); seu escopo é permitir que o ofendido possa pedir explicações em juízo *contra aquele que supõe seja o ofensor*, para eliminar eventuais equívocos. Tanto é verdade que a lei legitima para o pólo passivo o autor das referências, alusões ou frases equívocas, que assegura que "aquele que se recusa a dá-las (*explicações*) ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa".

Assim, o requerido do pedido de explicações é o autor da frase, referência ou alusão equívoca. E o Juiz, a quem compete apreciar se as explicações são satisfatórias, não é o do pedido de explicações, mas sim o da ação penal condenatória[20].

Art. 145, parágrafo único, do CP

232. Art. 145, parágrafo único do CP — crimes contra a honra — queixa — *v.*

Ação penal privada, p. 40.

---

20. Nesse sentido, por todos, *v.* CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, notas ao art. 144.

Art. 141, II, do CP, p. 176.

Crimes contra a honra, p. 448.

Art. 147 do CP

233. Art. 147 do CP — ameaça — *v.*

Art. 157 do CP (roubo), p. 204.

Art. 158 do CP (extorsão), p. 227.

234. Art. 147 do CP — ameaça — ânimo calmo — *v.* tb.

Art. 331 do CP (desacato), p. 328.

Não se há de exigir ânimo calmo para o crime, pois que muitas vezes é a ira que induz às ameaças, cuja seriedade é atestada por tantos crimes mais sérios também cometidos sob forte tensão emocional, a qual, de resto, não exclui a responsabilidade penal (CP, art. 28, I). Desde que a ameaça seja apta a provocar fundada intimidação, já está a ferir o bem jurídico tutelado pela norma penal (*JTACrim*, *99*:49, *78*:191; *RT*, *607*:313, *582*:336).

Art. 149 do CPP

235. Art. 149 do CPP — incidente de insanidade mental — *v.* tb.

Art. 26 do CP (laudo – fundamentação), p. 76.

Art. 26 do CP (laudo – quesitos), p. 74.

Segundo o art. 149 do CPP, *somente quando houver dúvida* sobre a integridade mental do acusado, é que o juiz determinará, a requerimento ou de ofício, seja o réu submetido a exame médico-legal. Assim, “só está o juiz obrigado a determinar que o réu seja submetido a exame médico, quando houver dúvida sobre a sua integridade mental” (*RT*, *477*:434-STF).

Assim, não basta o mero requerimento do Promotor ou da defesa para que o incidente de insanidade mental seja necessariamente instaurado. Com efeito, "o exame médico-legal do acusado com vistas à determinação da imputabilidade há que resultar de análise do contexto probatório dos autos, a revelar a séria ou razoável dúvida a respeito de sua saúde mental. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento do exame de sanidade mental do réu se não há dúvida sobre a sua integridade mental" (*RT*, *637*:298).

Art. 150 do CP

236. Art. 150 do CP — violação de domicílio — *v.*

Busca e apreensão (domicílio), p. 398.

237. Art. 150 do CP — violação de domicílio — quintal da casa

Para cometer o crime de violação de domicílio, basta entrar no quintal de residência alheia?

Embora o quintal possa ser considerado em princípio como integrante das *dependências da casa* (*RT*, *544*:385), e, portanto, merecedor da proteção legal (art. 150, *in fine*, do Cód. Penal), verdade é que a doutrina tem apontado a necessidade de estarem essas dependências fechadas (HUNGRIA, NORONHA, MIRABETE, FRAGOSO).

Contudo, é preciso bem compreender o que quer a doutrina corretamente dizer com a necessidade de que a dependência da casa esteja fechada, para a ela ser estendida a proteção penal ao domicílio. O intuito é que se trate de um lugar onde esteja evidenciada a intenção de excluir o ingresso de estranhos, o que naturalmente não ocorreria, por exemplo, com um gramado ou um jardim frontal à casa, propositadamente aberto ou franqueado à passagem pública. Neles, nem mesmo se *entra*, pois não há entrada, já que ficam propositadamente abertos e devassados, sem gozar de privacidade.

Mas, se o quintal, a garagem, a piscina de uma casa não estiverem franqueados ao público, se estiverem fisicamente cercados ou murados de forma a evidenciar não serem áreas franqueadas ao público, passarão a ser dependências materialmente conexas à casa, ligadas à vida doméstica e à atividade privada de seus moradores; nesse caso, o ingresso indevido de terceiro nessas dependências poderá configurar o crime de violação de domicílio.

Art. 155 do CP

238. Art. 155 do CP — furto — *v.*

Apreensão da res – furto (furto e apreensão da *res*), p. 54, 398 e 517.

Apropriação indébita versus *furto*, p. 55.

Art. 155, § 1º, do CP (furto noturno), p. 186.

Art. 155, § 2º, do CP (furto privilegiado), p. 188.

Art. 155, § 4º, I, do CP (furto qualificado), p. 190.

Art. 155, § 4º, II, do CP, p. 193.

Art. 155, § 4º, III, do CP, p. 198.

Art. 155, § 4º, IV, do CP, p. 199.

Art. 210 do CP (furto e violação de sepultura), p. 272.

Art. 345 do CP (furto e exercício arbitrário), p. 337.

Escalada (furto), p. 501.

Furto (apreensão da *res*), p. 517.

Furto (talonário de cheques), p. 517.

Furto famélico, p. 518.

Lei n. 9.605/98, p. 633.

Pedido de restituição, p. 672.

Prejuízo (furto – privilégio), p. 697.

239. Art. 155 do CP — tentativa de furto — critério para fixar a pena — *v.* tb.

Art. 14, II, do CP, p. 62.

A redução da pena, em vista da tentativa, há de ser inversamente proporcional ao *iter criminis* percorrido: quanto maior este, menor aquela. Assim, “em casos de tentativa em que não chega a haver subtração, a diminuição, pela incipiência da ação desencadeada, deve ser de 2/3; se ocorre o apossamento da *res* pelo furão, sem que este chegue a se afastar do local, a redução aplicável é a de metade da pena-base; e, se a subtração ocorre, o larápio logra afastar-se do local, mas sem alcançar a posse tranqüila do material, o decréscimo observável será o de 1/3 até porque, se alcançada a posse imperturbada do produto do ilícito, já se estará diante de furto consumado” (*JTACrim*, *87*:221).

240. Art. 155 do CP — furto de coisa própria

É inadmissível o furto de coisa própria, pois o tipo do crime de furto supõe a subtração de *coisa alheia móvel*[21]. Assim, se o agente resolve subtrair coisa própria que está em poder de terceiro, pode cometer crime outro, não o furto.

241. Art. 155 do CP — furto ou roubo contra vítima desconhecida — *v.*

Art. 157 do CP (roubo – vítima desconhecida), p. 211.

242. Art. 155 do CP — furto ou roubo de carro com bloqueador ou trava de combustível — *v.* tb.

Art. 17 do CP, p. 65 e 67.

Art. 157 do CP, p. 207.

---

21. Nesse sentido, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito penal*, II/268, Saraiva, 1993.

Alguns veículos são protegidos com travas elétricas ou dispositivos que bloqueiam o combustível. Assim, pode ocorrer que, no furto ou no roubo, ao subtraí-lo, o agente não vai longe, porque o veículo acaba parando em decorrência do sistema de proteção.

Nesses casos, se o agente abandona o carro, sem conseguir consumar a subtração, terá cometido tentativa de furto ou terá havido a figura do crime impossível?

A nosso ver, terá havido tentativa punível, pois que seria meramente relativa a impossibilidade de subtração do veículo. Como se sabe, essas travas ou dispositivos podem ser removidos, com maior ou menor conhecimento, esforço ou diligência do agente, e, assim, não haveria falar na incidência da hipótese do art. 17 do Cód. Penal.

Em precedente análogo, assim se decidiu: "Crime impossível — Roubo de carro equipado com bloqueador de combustível — Caracterização — Inocorrência — Hipótese: Inocorre crime impossível quando o agente rouba automóvel equipado com bloqueador de combustível, pois inexiste a ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto, existindo apenas em sua forma relativa, sendo um elemento incidental do objeto que impede a lesão, máxime se o roubador consegue acionar o motor e movimentar o mesmo" (*RJDTACrim*, *15*:59).

243. Art. 155 do CP — furto de documento — *v.* tb.

Art. 157 do CP, p. 207.

Questão desafiadora é saber se o furto de carteira *sem dinheiro* enseja o reconhecimento da objetividade jurídica do crime patrimonial.

Como é pacífico em doutrina, nos crimes patrimoniais, é necessário que o objeto subtraído tenha valor econômico. A carteira em si, mesmo sem dinheiro, é um bem que tem valor econômico; e os documentos pessoais das vítimas, que nas carteiras usualmente se encontram (especialmente documentos de iden-

tidade e cartões bancários), além de custarem tempo e dinheiro para as vítimas, ainda têm notório valor patrimonial entre os marginais, que, como se sabe, os negociam para a prática de novos crimes, como estelionatos.

Nem se haveria de reconhecer na hipótese o crime impossível, pois "a ausência de dinheiro na bolsa da vítima de roubo configura impropriedade relativa de objeto. Ademais, tendo ocorrido efetivo desapossamento de bens, não há como reconhecer a figura do crime impossível" (*RJDTACrim*, *11*:230).

E um título de eleitor ou os documentos de licença de um automóvel? E um contrato? Podem ser objeto de furto?

Embora no sentido usual tais documentos não integrem o patrimônio do dono, mesmo assim custam tempo e dinheiro, e têm valor de uso para seu legítimo portador, e até valor econômico para marginais, que os adulteram e usam em outros expedientes ilícitos. Em alguns casos, documentos chegam mesmo a ter intrínseco valor econômico, como um pergaminho raro ou uma letra que, por si, permita o exercício do direito que nela se contém, como uma cambial.

244. Art. 155 do CP — furto de talonário de cheque — *v.*

Furto – talonário de cheques, p. 517.

245. Art. 155 do CP — furto de água tratada — *v.* tb.

Art. 71 do CP (crime único *versus* continuado), p. 144.

Art. 155, § 4º, II, do CP, p. 193.

A água tratada pode ser objeto de furto. Em *RT, 671*:336, admite-se que a hipótese configura furto simples.

246. Art. 155 do CP — furto de uso — *v.* tb.

Art. 157 do CP (roubo de uso), p. 208.

Quanto à figura do furto de uso, há casos em que não pode ser reconhecida. Se o réu, em momento algum, sequer alegou a intenção de devolver a coisa no *status quo ante*, e sim falou em usá-la e abandoná-la, não haverá o furto de uso. Havendo abandono, não temos furto de uso (*RT*, *431*:413, *429*:469, *403*:315; *JTACrim*, *80*:545, *62*:383; cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 155, p. 434, Saraiva, 1991). Além disso, "o furto de uso, por suas afinidades com o estado de necessidade, há de supor um fim lícito", para justificar o temporário uso de coisa alheia (*JTACrim*, *19*:88).

Salienta MÁRIO HOEPNER Dutra que "a coisa subtraída, depois de usada normalmente, deve ser imediatamente devolvida. Não basta a simples intenção de devolvê-la, nem a alegação de que circunstâncias independentes da vontade do agente impediram-no de restituí-la. A prevalência da ilicitude da ação é sempre dirigida em relação ao fato genérico, isto é, o furto comum" (*O furto e o roubo*, 1955, p. 98; *JTACrim*, *80*:402).

247. Art. 155 do CP — furto de toca-fitas — *v.*

Art. 155, § 4º, I, do CP, p. 191.

248. Art. 155 do CP — furto *versus* exercício arbitrário das próprias razões — *v.* tb.

Art. 345 do CP, p. 337.

Não é exercício arbitrário das próprias razões e sim furto, ou, em certos casos, até mesmo roubo, a atitude daquele que subtrai bens que nada têm a ver com o suposto crédito, que ele julgue legítimo (art. 345 do CP). Primeiro, porque seu suposto crédito não versaria a *res* subtraída; segundo, porque, se o agente procede de forma clandestina ou violenta, ou se oculta a *res*, estará ausente um pressuposto lógico: ele não estará agindo de boa-fé (cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, cit. por ALBERTO SILVA FRANCO & *AL.*, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, art. 345), nem pode reputar legítima sua ação (cf. NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, IX, art. 345, p. 492 ed.

Forense, 1958; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 345). Afinal, para que o agente pudesse crer estar *fazendo justiça com as próprias mãos*, seria indispensável que exercesse pretensão que, ou deveria ser legítima, ou ao menos assim a deveria reputar ele (daí exigir o art. 345 do CP o dolo específico de *satisfazer pretensão, embora legítima*).

Além disso, se o agente pretende apropriar-se da *res* a título de compensação patrimonial que considere legítima, ainda que o faça por meios arbitrários, será imperioso que exteriorize o suposto exercício de seu direito, pois que, senão, a vítima continuaria a dever-lhe o valor integral da dívida, sem a compensação pretendida.

De qualquer forma, o que não se admite é que se proceda *simpliciter* à desclassificação do furto para o crime do art. 345 do Cód. Penal, pois este crime tem contornos típicos diversos, seja na ação material, seja no elemento subjetivo; assim, não poderia o réu ser condenado por um crime que não lhe foi regularmente imputado e do qual não se defendeu regularmente; e mais: se o exercício arbitrário das próprias razões não foi cometido com violência, sequer é de ação pública como o furto. Nesses casos, se ficar mesmo evidenciado que o agente, sem empregar violência, cometeu exercício arbitrário das próprias razões e não furto, só poderá ser absolvido desta imputação.

Art. 155, § 1º, do CP

249. Art. 155, § 1º, do CP — furto — repouso noturno — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 181.

Segundo o § 1º do art. 155 do Cód. Penal, será sancionado mais gravemente o furto praticado *durante o repouso noturno*. Segundo registrou com felicidade NÉLSON HUNGRIA, a razão da majorante visa a "assegurar a propriedade móvel contra a maior precariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das

pessoas para o repouso durante a noite" (*Comentários ao Código Penal*, VII, p. 30, ed. Forense, 1967).

Para o reconhecimento da qualificadora do *repouso noturno*, a lei não exige que a subtração seja feita em *casa habitada* nem que seus moradores *estejam repousando* (em sentido contrário, cf. CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, nota ao art. 155, § 1º, ed. Freitas Bastos, 1986): pelo princípio da *tipicidade*, basta que o furto ocorra no período naturalmente destinado ao repouso noturno[22] (*RTJ*, *114*:1215, *64*:593; *RT*, *637*:367, *600*:459), como é o ensinamento de JÚLIO MIRABETE (*Manual de direito penal*, n. 10.1.13, p. 202-3, ed. Atlas, 1991) e DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código Penal anotado*, nota ao art. 155, § 1º, ed. Saraiva, 1991).

Entretanto, ao referir-se ao período de *repouso* noturno, a lei por certo está presumindo que o furto esteja sendo cometido em lugar onde se dê o repouso noturno, ou ao menos nas proximidades de lugar que permita esse repouso. Por isso que essa forma de qualificadora alcança, também, as infrações cometidas não só *dentro* da residência, como nas suas dependências, como é o caso do *quintal*, e, por identidade de razões, o da *garagem* (*JTACrim*, *67*:418, *57*:282; *RT*, *541*:398).

Entretanto, não se deve reconhecer a presença da majorante se o furto se dá em local ermo, como numa tulha ou num paiol isolados na área rural, em local não habitado e fora das cercanias de local habitado. Como a lei não qualifica o furto praticado "à noite", e sim o furto praticado sob o "*repouso* noturno", é imperioso que, ao menos nas proximidades onde se dê o crime, se preste o local para o efetivo repouso das pessoas (*JTACrim*, *55*:405 e *43*:343).

E o problema do furto à noite, em plena via pública?

---

22. Esse período é variável em vista do critério psico-sociológico que adotou o Cód. Penal a respeito (HUNGRIA, *Comentários*, cit., *id. ib.*; MIRABETE, *Manual de direito penal*, cit.; *RT*, *503*:431).

Como a defesa do bem jurídico fica naturalmente dificultada durante o repouso noturno, nesse ínterim e "por essa razão se tem por agravada subtração de automóvel estacionado na rua" (MIRABETE, *Manual de direito penal*, n. 10.1.13, p. 202-3, ed. Atlas, 1991).

250. Art. 155, § 1º, do CP — o § 1º não incide conjuntamente com o § 4º do art. 155 do CP

A figura do § 1º do art. 155 do Cód. Penal, que se segue ao *caput*, qualifica diretamente este último, e não a forma já qualificada do § 4º do mesmo dispositivo. Por entender ainda mais reprováveis que o mero furto noturno, o legislador já sancionou mais severamente as formas qualificadas do § 4º do mesmo dispositivo, de forma que, acompanhando ensinamentos de CELSO DELMANTO e DAMÁSIO, a jurisprudência majoritária tem afastado o aumento do § 1º do art. 155 quando já incidente qualquer das qualificadoras do § 4º do mesmo dispositivo (*JTACrim*, *86*:253, *70*:324, *57*:312; *RF*, *270*:314; *RT*, *639*:278, *554*:366, *547*:355).

Art. 155, § 2º, do CP

251. Art. 155, § 2º, do CP — furto privilegiado — *v.*

Art. 155 do CP, p. 181.

252. Art. 155, § 2º, do CP — art. 155, § 4º, do CP — furto qualificado e privilegiado — descabimento

Conforme têm decidido o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, "impossível no furto qualificado a substituição da pena, na forma prevista no art. 155 § 2º do Cód. Penal. Essa faculdade só se aplica ao furto simples" (*RTJ*, *133*:104, *128*:397, *99*:949, *96*:258, *81*:362; *RT*, *670*:340, *600*:455, *580*:460; *JTACrim*, *77*:435, *76*:437, *73*:435; REsp 5.291-SP, 6ª T., rel. Min. Carlos Thibau, *DJU* de 16-12-91; *DOE*, Seç. I, 25-4-92, p. 25).

Fundamentação convincente para essa conclusão já a deu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “São inextensíveis às formas qualificadas de furto os abrandamentos do § 2º, do art. 155. Não por qualquer razão de ordem topológica, mas, em verdade, porque a maior indulgência, que eles traduzem, é incompatível com a maior periculosidade, que elas revelam. Seria incongruente punir mais asperamente aquelas formas, exatamente porque denotam maior repreensibilidade, e, ao mesmo tempo, estender-lhes mitigações adequadas a condutas de menor gravidade” (*RJDTACrim*, *8*:113, rel. Correa de Moraes).

253. Art. 155, § 2º, do CP — art. 155, § 4º, do CP — furto qualificado e privilegiado — cabimento

Quanto à concessão do privilégio à figura qualificada, têm os tribunais se inclinado, em regra, pelo seu não-cabimento, com base em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (*RTJ*, *133*:104, *128*:397, *99*:949, *96*:258, *81*:362; *RT*, *670*:340, *600*:455, *580*:460; *JTACrim*, 77:435, *76*:437, *73*:435; REsp 5.291-SP, 6ª T., rel. Min. Carlos Thibau, *DJU*, de 16-12-91; *DOE*, Seç. I, 25-4-92, p. 25).

Entretanto, em casos concretos, algumas decisões têm excepcionado a regra, concedendo o benefício a réus sem antecedentes, que, em concurso, subtraem coisas de modesto valor, e assim o fazem com fundamento nos princípios de eqüidade que devem nortear a aplicação das penas (*RT*, *603*:344; *588*:351, *550*:331; *JTACrim*, *69*:241, *68*:45).

254. Art. 155, § 2º, do CP — faculdade do Juiz ou direito do réu?

Em que pesem respeitáveis entendimentos em contrário, cremos que o benefício do furto privilegiado não é uma imposição automática para o criminoso primário que subtraia coisa de pequeno valor: é uma faculdade judicial, que há de ser aferida no caso concreto (*RT*, *620*:356, *550*:331; *JTACrim*, *57*:345, *54*:424, *51*:406; *RTJ*, *49*:403). Assim, por exemplo, o furto de

uma arma de fogo para entrega a um traficante de drogas não é um crime de bagatela nem mereceria tratamento especialmente mais brando.

A jurisprudência tem entendido não caber o benefício para o criminoso que, posto primário, pelos seus antecedentes já evidencie propensão para a prática de outras infrações, desacoroçoando a presunção de emenda futura (*JTACrim*, *93*:141).

255. Art. 155, § 2º, do CP — coisa de pequeno valor *versus* pequeno prejuízo — *v.* tb.

Art. 171, § 1º, do CP, p. 251.

O § 2º do art. 155 do Cód. Penal cuida da hipótese do chamado *furto privilegiado*, que, se reconhece em favor do agente primário, que tenha subtraído coisa de *pequeno valor*.

Nesse dispositivo, estabelece a lei um requisito inconfundível com o do *pequeno prejuízo*, a que se refere o estelionato privilegiado (previsto no § 1º do art. 171 do CP). No furto privilegiado, interessa o pequeno valor *da coisa que o agente objetiva subtrair*; no estelionato privilegiado, a lei se ocupa do pequeno prejuízo suportado pela vítima. Entender fossem uma só e mesma coisa levaria a absurdos, como, por exemplo, a impossibilidade de cometer-se tentativa de furto qualificado: faltaria o prejuízo, mesmo a tentativa de furto de bilhões de reais…

E qual seria o limite quantitativo para considerar-se *de pequeno valor a coisa furtada*? A jurisprudência tem admitido seja de até um salário-mínimo, vigente à data do fato criminoso (*JTACrim*, *76*:340, *74*:382; *72*:288, *57*:397, *22*:237; *RT*, *587*:375, *462*:460, *411*:344).

Art. 155, § 4º, I, do CP

256. Art. 155, § 4º, I, do CP — furto qualificado — arrombamento — *v.*

Art. 155 do CP, p. 181.

257. Art. 155, § 4º, I, do CP — despregadura da tramela

Constituiria forma qualificada de furto a despregadura da tramela interna da janela de madeira, com uso de força muscular ou de alavanca? Constituiria isso a *destruição* ou o *rompimento de obstáculo*, a que alude o art. 155, § 4º, I, do Cód. Penal?

Normalmente, quando a tramela é arrancada, esse expediente de acesso não configura *destruição*, mas apenas *rompimento do obstáculo*. Entretanto, se os agentes apenas fazem a tramela girar em seu eixo, não há falar nem em destruição nem em rompimento de obstáculo; talvez, em certos casos, só há cogitar em destreza, como o gatuno que apenas desabotoa o bolso da vítima para tirar-lhe a carteira. Mas o agente que entorta, desprega ou arranca a tranca ou a trava, está *rompendo o obstáculo* à subtração da coisa, danificando seu meio normal de proteção (em sentido contrário, *v. JTACrim*, *26*:339).

258. Art. 155, § 4º, I, do CP — rompimento de vidros ou quebra-vento de veículo

Se o agente quebrou o vidro do carro ou arrombou seu quebra-vento, para acesso ao interior do veículo e subtração de seu toca-fitas, teremos furto simples ou qualificado?

Apontam alguns que o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo levaria a um paradoxo: o réu que furta ou tenta furtar um toca-fitas, com violação de obstáculo inerente ao carro, receberia pena mais gravosa do que aquele que furta ou tenta furtar o próprio carro.

Nessa matéria, há arestos em ambos os sentidos, reconhecendo ou negando a qualificadora. E o próprio argumento do paradoxo não nos convence, porque, a nosso ver, não há cogitar em ser o obstáculo inerente ou não à coisa subtraída, pois a tipicidade da qualificadora não distingue.

Na verdade, a *mens legis* consiste em apenar de forma mais rigorosa o agente que, para subtrair o objeto por ele visado,

não se detém nem mesmo diante de obstáculos externos opostos à subtração da coisa: assim, a juízo do legislador, o ladrão que arromba uma janela da casa ou de um carro, para furtar o que está lá dentro, comete comportamento mais reprovável do que aquele que, simplesmente aproveitando uma ocasião que lhe aparece, apanha a coisa que se lhe antepõe sem qualquer obstáculo físico externo à subtração. Entendeu o legislador, em juízo que lhe é próprio, que merece maior reprovação o indivíduo que arromba as portas de uma casa ou de um carro, para levar o toca-fitas que está lá dentro, do que aquele que encontra abertas a porta da casa ou do carro e disso se aproveita para alcançar sem maior esforço a *res*.

A nosso ver, esse *plus* de reprovabilidade está presente quando se fraturam os vidros do automóvel, para subtrair um rádio ou um toca-fitas.

Paradoxo, sim, existe se considerarmos que a qualificadora supõe violência contra *obstáculo externo* à coisa, negando a presença da qualificadora quando a violência se voltar contra a própria coisa furtada (como o rompimento de quebra-vento para subtrair o próprio carro)[23]. Ora, a lei fala ser qualificado o furto quando haja "rompimento de obstáculo à subtração da coisa", e não se pode negar que um quebra-vento fechado ou os vidros das portas do veículo sejam obstáculos físicos à subtração do automóvel (*RT*, *546*:377; *JTACrim*, *56*:30; *54*:333).

Assim, em que pese haver respeitáveis entendimentos em contrário, a lei não distingue: qualifica-se o furto quando haja rompimento de obstáculo à subtração da coisa, seja rompimento de obstáculo externo ou inerente à própria coisa subtraída (*RT*, *535*:323; *JTACrim*, *65*:42, *56*:30).

Com efeito, "a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Cód. Penal, consubstancia-se na conduta do agente que des-

23. Nesse sentido, CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, cit., notas ao art. 155, § 4º, I.

trói ou rompe obstáculo à subtração da coisa, vale dizer, na sua atuação sobre qualquer empecilho material a essa subtração, pelo que não há razão lógica ou legal para se fazer distinção entre o obstáculo externo e o inerente à própria coisa, pois ambos têm a mesma finalidade" (*RJDTACrim*, *5*:102). E mesmo que a alternativa fosse a outra, "quando o agente rompe o obstáculo com o propósito de subtrair um objeto que se encontra no interior do bem, inegável que qualifica o crime de furto" (*RJDTACrim*, *6*:96, rel. Geraldo Lucena; ainda: *RT*, *433*:428; *JTACrim*, *72*:395, *54*:171).

Art. 155, § 4º, II, do CP

259. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto qualificado — abuso de confiança, fraude, escalada ou destreza — *v.*

Art. 155 do CP, p. 181.

260. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto com fraude — arma de brinquedo — roubo — *v.*

Art 157, § 2º, I, do CP, p. 216.

261. Art. 155, § 4º, II, do CP — abuso de confiança

Por abuso de confiança, para fins de qualificação do furto, entende-se a ação daquele que previamente captou um especial sentimento de lealdade junto à vítima, que passa a omitir, para com ele, certas cautelas que tomaria com um terceiro. É o caso do empregado de confiança — não qualquer empregado, mas daquele que, em vista de relações intercedentes entre ele o proprietário, tem a coisa deixada ou exposta ao seu fácil alcance — nas expressões de HUNGRIA.

Assim, se o agente subtrai algo da casa da vítima, quando ali entra casualmente, ainda que em visita, ou acompanhando uma visita, não haverá necessariamente a presença da qualificadora; ao contrário.

Já um *habitué* na casa da vítima, que tem sua chave ou que lá se hospeda freqüentemente, ou uma empregada doméstica de longa data, que cuida do maior patrimônio físico e moral de uma pessoa, como sua casa e até seus filhos, podem ser pessoas de confiança, e, portanto, desta podem abusar.

Já um empregado recente, ou um empregado subalterno e comum, poderá não gozar de especial grau de confiança. Suponhamos que o agente seja um vigilante de segurança, pessoa a quem caiba guardar o pátio de uma empresa. Sem as chaves do estabelecimento, às vezes empregado há pouco tempo, poderia não estar a gozar, necessariamente, de especial grau de confiança dos seus empregadores. Poderia ser um empregado como outro qualquer, que, numa oportunidade que tem, empalma algum bem da empresa, sem que houvesse em concreto qualquer razão para entender que, assim o fazendo, teria traído algum dever especial de confiança ou lealdade, a não ser aquele genérico e comum a todos os empregados do estabelecimento.

262. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto com fraude — quando ocorre

Tem-se entendido haver fraude quando "a vítima não tem percepção, diante do artifício empregado, de que a coisa está sendo objeto de subtração. A fraude é praticada para o fim de viciar a atenção ordinária do sujeito passivo ou no sentido de elidir a custódia que exerce sobre a coisa" (*JTACrim*, *50*:325, *45*:62, *44*:156, *43*:363, *43*:233).

263. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto com fraude — falsa doméstica — *v.* tb.

Furto com fraude versus *estelionato*, p. 196.

O famulato (furto praticado por empregado) costuma ensejar controvérsia jurisprudencial sobre se qualifica ou não o crime patrimonial.

Se o empregado goza de especial confiança da vítima, que lhe confia a posse, o manuseio ou a guarda de bens, e abusa dessa confiança, podemos ter a figura do furto qualificado a que se refere o art. 155, § 4º, II, do Cód. Penal.

Entretanto, não será o *abuso de confiança* e sim a *fraude* que qualificará o furto cometido por empregado que, embora sem propriamente violar um especial dever de confiança do patrão, esteja a empregar artifício ou meio fraudulento para apossar-se da *res* (como no caso da falsa doméstica que se faz passar por quem não é, e se emprega pelo só tempo necessário para consumar a subtração).

Naturalmente, será mister não confundir a fraude que integra o estelionato da fraude que qualifica o furto. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo assentou corretamente que, "embora atuando em ambos a maquinação, no estelionato tende ela a contaminar a vontade do lesado no sentido de anuir, embora sob ação do embuste, na transmissão direta ou indireta do bem patrimonial. No furto essa falácia vai atuar, não na vontade ligada à transmissão do bem, mas sim na criação de uma situação tal que propicie a subtração, mas sempre com o desconhecimento da vítima" (*RJDTACrim*, *5*:101, rel. Nogueira Filho).

No caso da falsa doméstica, a agente vale-se de um ardil ou artimanha para obter a oportunidade de furtar, cuja oportunidade lhe advém somente porque, iludindo a vítima, consegue empregar-se: é caso típico de qualificação do furto (*JTACrim* *77*:193; *72*:317; *49*:236). Nesse caso, o empregado já entra no emprego com a intenção de furtar; não é o mesmo que ocorre com o empregado que, depois de razoável relacionamento com a vítima, ganha-lhe a confiança e posteriormente desta abusa para fazer a subtração, favorecido justamente pelo relaxamento da fiscalização que a vítima empreende sobre ele.

Da mesma forma, tem a jurisprudência reconhecido a presença da fraude no furto quando o agente pede à vítima que lhe mostre um objeto, para examiná-lo, e, com ele, põe-se em fuga (*JTACrim*, *72*:317; *RT*, *575*:397), ou quando, a pretexto de

experimentar o carro que está à venda, nele se evade (*JTACrim*, *72*:288).

264. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto com fraude *versus* estelionato — *v.* tb.

Art. 155, § 4º, II, do CP — furto com fraude, p. 193.

Do mesmo modo que não se confunde a fraude que qualifica o furto com a fraude que integra o estelionato, também é mister não confundir a própria ação típica do furto com a ação física do estelionato. Enquanto no furto, praticado com ou sem fraude, o agente *subtrai* a coisa (em momento algum a vítima lhe dá posse ou propriedade da *res*; no máximo deixa-a a seu alcance ou lhe permite manuseá-la, apenas), já no estelionato a vítima lhe *entrega* a posse ou até a propriedade da *res*, já que o agente lhe captou viciosamente a vontade por algum expediente fraudulento.

É certo, pois, que tanto o furto qualificado pela fraude como o estelionato pressupõem a prática da fraude; contudo, no furto, há a *subtração* da *res*, enquanto no estelionato a própria vítima *entrega* a coisa ao agente. No furto, é o próprio agente que apanha a coisa, ainda que favorecido por um artifício fraudulento, apto a distrair a atenção ou a vigilância da vítima; já no estelionato, o meio fraudulento opera para viciar a vontade da vítima (*consentimento*), que *espontaneamente entrega* a coisa para o agente, enganada sobre sua real intenção.

265. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto com fraude *versus* apropriação indébita — *v.*

Apropriação indébita versus *furto*, p. 55.

266. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto qualificado — destreza

"Ocorre destreza se a vítima não percebeu em momento algum a ação do acusado, surpreendendo-se com a subtração da

res, dada a perfeição dos movimentos daquele. A tentativa de furto não desconfigura a qualificadora em apreço" (*RT*, *538*:380).

"A destreza constitui a habilidade física ou manual empregada pelo agente na subtração, porfiando porque a vítima não perceba o seu ato. É o meio empregado pelos batedores de carteira, *pickpockets* ou *punguistas*, na gíria criminal brasileira" (*RT*, *524*:404).

"Configura-se a qualificadora da destreza quando a manobra do agente não é percebida pela vítima, mas por terceira pessoa" (*JTACrim*, *47*:350).

267. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto com fraude — cartão magnético bancário

Se o réu se vale de um cartão magnético bancário, ilicitamente obtido, para retirar dinheiro da vítima, fazendo-se passar por esta, a nosso ver estará presente o furto, não o estelionato. Os saques bancários *invito domino* constituem furto e não estelionato se não é a vítima quem *entrega* a *res* ao agente, e sim é o agente que a *subtrai*, ainda que para tanto empregue meio fraudulento.

268. Art. 155, § 4º, II, do CP — furto de água tratada — *v.* tb.

Art. 71 do CP (continuidade em delitos permanentes), p. 144.

Se o réu fez habilmente um desvio clandestino da canalização de água tratada, interceptando a corrente *antes* de passar pelo hidrômetro, e se o expediente só é descoberto por acaso, ou mediante levantamento medições ponderadas de consumo, estará presente a figura do furto qualificado pela fraude.

Tem-se entendido haver fraude quando "a vítima não tem percepção, diante do artifício empregado, de que a coisa está sendo objeto de subtração. A fraude é praticada para o fim de viciar a atenção ordinária do sujeito passivo ou no sentido de

elidir a custódia que exerce sobre a coisa" (*JTACrim*, *50*:325, *45*:62, *44*:156, *43*:363, *43*:233).

269. Art. 155, § 4º, II, do CP — escalada — perícia

A qualificadora da escalada visa a reprovar com maior severidade o comportamento daquele que se valha de instrumentos especiais para galgar o acesso à *res furtiva* (como, por exemplo, o uso de escada ou cordas), ou, pelo menos, que empregue esforço incomum para obter referido acesso (como, por exemplo, suplantar algo que uma simples *enjambée* de plano não lhe permitiria).

Embora haja posição jurisprudencial discrepante, mais correto se nos afigura o entendimento de que é possível dispensar a perícia para prova da escalada, quando não deixe vestígios; nesse caso, pode a qualificadora ser provada por outros meios (*RT*, *556*:345; *JTACrimSP*, *54*:258, *45*:41 e *34*:466).

Art. 155, § 4º, III, do CP

270. Art. 155, § 4º, III, do CP — furto qualificado — chave falsa — *v.*

Art. 155 do CP, p. 181.

271. Art. 155, § 4º, III, do CP — furto qualificado — chave falsa *versus* verdadeira — distinção da qualificadora da fraude

O emprego de chave *verdadeira*, ainda que obtida ilicitamente, poderia ensejar a presença da qualificadora do art. 155, § 4º, III, do Cód. Penal?

O art. 155, § 4º, III, do Cód. Penal, torna qualificado o furto se há emprego de *chave falsa*.

Embora haja divergência jurisprudencial a respeito, convencemo-nos de que, pelo princípio da *tipicidade*, a *chave verdadeira*, ainda que obtida por meio ilícito, não pode ser considera-

da *falsa* (nesse sentido, as lições de NÉLSON HUNGRIA, DAMÁSIO E. DE JESUS e CELSO DELMANTO; cf., ainda, *RT*, *550*:317, *548*:427-STF, *455*:443, *JTACrim*, *68*:286, *65*:271, *15*:171). Tratando-se de chave verdadeira, obtida clandestina ou astuciosamente pelo agente do furto, podemos admitir, na esteira de ensinamento de HUNGRIA, a presença da qualificadora da *fraude* (art. 155, § 4º, II, do Cód. Penal).

Art. 155, § 4º, IV, do CP

272. Art. 155, § 4º, IV, do CP — furto — concurso de agentes — *v.* tb.

Art. 29 do CP (co-autoria), p. 80.

Art. 155 do CP, p. 181.

Em que pese o sempre respeitável entendimento de NÉLSON HUNGRIA, para quem seria necessária a presença *in loco* dos co-executores do furto para que se pudesse reconhecer a qualificadora do art. 155, § 4º, IV, do Cód. Penal (*Comentários ao Código Penal*, cit., VII, art. 155, n. 19, p. 46), acreditamos que, como a lei fala em "*crime* cometido mediante duas ou mais pessoas", é suficiente a co-autoria para qualificar o furto, ou seja, basta que estejam presentes as condições definidas na norma de extensão da *fattispecie* contida no art. 29 *caput* do Cód. Penal (nesse sentido, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 157; HELENO FRAGOSO, *Lições de direito penal*, I/307, n. 294; JÚLIO MIRABETE, *Manual de direito penal*, II/207, n. 10.1.15; *RT*, *447*:361; *374*:288; *RJTJSP*, *22*:502; Ap. 116.474-SP, TJSP).

273. Art. 155, § 4º, IV, do CP — co-autoria em furtos simples — possibilidade, segundo alguns

Parte da doutrina e da jurisprudência admite que o furto só se considera qualificado pelo concurso de duas ou mais pessoas (art. 155, § 4º, IV, do CP), quando o concurso se dá *in loco* na execução direta da ação principal do tipo (nesse sentido, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, VII, art. 155, n. 19, p. 46,

ed. Forense, 1967; *RTJ*, *99*:1242). Assim, se um cúmplice fica de longe, para ajudar a fuga de quem entra na casa, para essa corrente teria havido co-participação em furto simples, não qualificado (*RJDTACrim*, *18*:78).

Art. 155 do CPP

274. Art. 155 do CPP — prova da idade

Como enfrentar a questão do problema da idade, para o réu no processo penal? Isso poderá ser importante não só para o reconhecimento de uma prescrição com prazos reduzidos, de uma inimputabilidade ou algum benefício para a pessoa idosa.

Segundo o art. 155 do Cód. de Processo Penal, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil. A tendência jurisprudencial é no sentido de que deve a idade ser provada por certidão de nascimento (*RTJ*, *92*:1303, *RT*, *608*:448-STF; *RJDTACrim*, *10*:228-STJ; contra: *RT*, *505*:298), tendo partido do Superior Tribunal de Justiça este entendimento: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil" (Súm. n. 74).

Embora a prova de idade deva mesmo ser normalmente feita por via documental, entendemos que, além da certidão de nascimento, outros meios idôneos há para prová-la, como a cédula de identidade expedida pelo órgão estatal competente, ou as informações que comungam de igual força probatória, como as folhas de antecedentes expedidas pelo mesmo órgão encarregado de proceder à identificação oficial no Estado — o Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt. Ou, na falta de outra alternativa, a perícia poderá ser necessária para a prova da idade.

Art. 156 do CPP

275. Art. 156 do CPP — prova — *v.*

Inversão da prova, p. 538.

Prova, p. 717.

276. Art. 156 do CPP — inexistência de inversão do ônus da prova — o princípio da dúvida — *v.* tb.

Absolvição – fundamento, p. 35 e s.

Art. 386 do CPP, p. 349.

Diz o art. 156 do Cód. de Processo Penal, primeira parte, que "a prova da alegação incumbe a quem a fizer". É certo que na interpretação desse artigo, no tocante às alegações do réu, não podemos empregar o mesmo rigor que usamos quando se trate do ônus da prova para o Ministério Público, já que o princípio da dúvida só favorece a defesa. Entretanto, longe de isso significar literalmente uma *inversão no ônus da prova*, a questão se reduz apenas à correta interpretação e à máxima extensão do próprio princípio da dúvida.

Suponhamos, assim, que o réu alegue um fato que exclua o crime ou o exima de culpa (*lato sensu*); nesse caso, segundo o art. 156 do Cód. do Processo Penal, a ele incumbirá a prova da alegação. Se acaso fizéssemos uma nova leitura do dispositivo, poderíamos dizer que, se esse fato alegado fosse verossímil, ainda que incomprovado, isso poderia levar à sua absolvição desde que não tivesse a acusação demonstrado ser inverossímil a assertiva do réu — ou seja, nessa visão, haveria como um que um *plus* no ônus probatório da acusação.

Entretanto, *concessa venia*, essa interpretação não decorreria da exegese correta do dispositivo. Não é que o réu esteja dispensado de provar o que alega; muito menos seria a acusação que teria de desmentir ponto a ponto cada alegação do réu. O que ocorre é que, se o réu fornece alguma outra explicação plausível para o fato, que em tese leve à exclusão do crime, aí surgirá o velho princípio da dúvida a favorecer o réu. E tanto não é ônus *do réu* provar essa versão que o favorece, que essa outra explicação plausível poderia sequer ter sido apresentada por ele: poderia, por exemplo, resultar do depoimento de uma testemunha, da juntada de um documento ou da conclusão de uma perícia, e a dúvida daí gerada sempre favoreceria o réu.

Assim, não é que a rigor incumba ao órgão da acusação provar o contrário do que o réu alega ou incumba à acusação desmentir cada assertiva do réu (o que seria a mais exacerbada conseqüência de uma possível releitura do art. 157 do CPP), mas sim, como já é clássico, *se a dúvida não for vencida nos autos*, a solução absolutória reverterá em favor do réu — alegue ou não o próprio réu o fato que enseje a referida dúvida. Basta que a dúvida exista, ou persista, alegada por quem quer que seja, ou até mesmo surgida apenas na cabeça do Juiz, e o beneficiário da dúvida será só o réu. Agora, essa dúvida, se for fundada, deverá ser vencida, não em nome do princípio da inversão do ônus da prova, mas sim porque, de um lado, não convém à sociedade a condenação de um possível inocente, nem a absolvição de um possível culpado, tanto que não só a defesa tem o dever de provar o que alega, mas o Ministério Público e o próprio Juiz têm o dever de buscar a verdade (art. 156 do CPP), e, de outro lado, se essa dúvida houver, e for invencível, deverá levar à absolvição até mesmo de um possível culpado (art. 368, VI, do CPP).

Tudo se resume, portanto, em buscar, exatamente, o alcance do princípio da dúvida. Assim, pouco importa que a dúvida instaurada nos autos advenha do que o réu tenha ou não alegado — poderá surgir objetivamente da análise da prova testemunhal, documental, pericial etc. Por isso, o fulcro da questão não estará no art. 156 do Cód. de Processo Penal e sim no princípio da presunção de inocência, que só cede em face de prova em contrária, e assim seja reconhecido em regular prestação jurisdicional. Mas, analisando a questão probatória sob o estrito aspecto do ônus de produzi-la (abstraído o princípio da dúvida), a distribuição desse encargo se faz precisamente na forma do art. 156, sem que ao Ministério Público se incumba ônus em tese maior do que ao próprio réu. Apenas a diferença não está no ônus da prova, mas na conseqüência da análise final da ponderação qualitativa da prova já colhida: se a dúvida não for vencida — pouco importa quem alegou ou quem provou ou deixou de provar o que quer que seja —, então o réu será absolvido. Ou seja, estará presente o velho princípio da dúvida.

Assim, não é que, quando o réu *alegue* algo que não tenha provado, veja o Promotor de Justiça acrescido seu ônus probatório para ter de demonstrar que aquilo que o réu alegou é inverossímil ou, mais do que isso, falso. Tecnicamente falando, o ônus da prova continua distribuído na íntegra e em sua plenitude pelo art. 156 do Cód. de Processo Penal. Tecnicamente, não se pode dizer que haja um *plus* no dever do Ministério Público de provar que aquilo que o réu disse é falso; o que há é que, *se por qualquer indício dos autos, levantado pelo réu ou não, ficar instaurada a dúvida, ou não for levantada a dúvida, essa se resolverá em favor do réu*.

Ou, seja, continuamos no campo do princípio da dúvida, e não no campo da alteração da distribuição do ônus da prova.

A conseqüência consiste, pois, que não basta ao réu alegar a esmo explicações ou defesas, as mais improváveis, e com isso obrigar o Ministério Público a mostrar uma a uma sua impossibilidade fática; se alguém alegou um fato, a ele incumbe provar o que alegou, sob pena de se ter como não alegado. Mas, não por uma deformação do ônus da prova, mas sim em virtude de que, no exame final da prova a dúvida é interpretada *favor rei*, se dúvida houver, parta ou não de alegação do réu (por isso que não há tecnicamente inversão probatória), o réu será absolvido, com base no art. 386, VI, do Cód. de Processo Penal.

Art. 157 do CP

277. Art. 157 do CP — roubo — *v.*

Ameaça, p. 47.

Art. 71 do CP (crime continuado), p. 139.

Art. 147 do CP, p. 179.

Art. 157 do CP – roubo – concurso de crimes, p. 212.

Art. 157 do CP – tentativa, p. 213.

Art. 157 do CP – trombada, p. 209.

Arts. 157 e 329 do CP (roubo e resistência), 226.

Art. 157, § 2º, I, do CP, p. 216.

Art. 157, § 2º, I e s., do CP, p. 219.

Art. 157, § 3º, do CP, p. 224.

Art. 158 do CP, p. 227.

Art. 158 do CP – grave ameaça, p. 229.

Art. 159 do CP, p. 233.

Prisão albergue, p. 706.

Regime na execução, p. 732.

278. Art. 157 do CP — roubo — ameaça — *v.* tb.

Ameaça, p. 47.

Art. 158 do CP – grave ameaça, p. 229.

A grave ameaça, que caracteriza o roubo, não é só a promessa de mal futuro, mas também de mal iminente, como a mera exibição de arma de fogo para a subtração, ainda que o agente não faça referência expressa à possibilidade de usá-la; essa possibilidade está implícita e decorre da mera exibição da arma pelo agente durante a subtração, sequer precisando ser empunhada.

Sem conhecerem, porém, o conceito legal de ameaça, muitas pessoas simples, vítimas de roubo, quando inquiridas em juízo negam a existência de ameaças mesmo tendo sido intimidadas com armas brancas ou de fogo durante a subtração. É que, para muitas delas, *ameaça* seria somente a promessa de retaliação futura se incriminarem os agentes ou denunciarem os fatos à polícia, mas não a intimidação de mal atual ou iminente. Entretanto, esse conceito vulgar não coincide com o conceito legal de ameaça, tanto que, se o agente intimidou a vítima com a exibição de arma branca ou de fogo, ainda que não mencione promessa de mal futuro, como eventual vingança, já estará presente a grave ameaça, ínsita no tipo do art. 157 do Cód. Penal.

279. Art. 157 do CP — roubo — regime inicial fechado para cumprimento da pena — *v.* tb.

Prisão albergue, p. 706.

Regime da pena, p. 730.

No caso do crime de roubo, especialmente naqueles praticados com violência real, concurso de agentes ou emprego de armas, a nosso ver se justifica o regime inicial mais rigoroso para cumprimento da pena. Verdade é que a lei permite, em tese, que o Juiz conceda até regime semi-aberto nos casos de roubo qualificado (art. 33, § 2º, *b*, do Cód. Penal), afastada a substituição da pena por medida restritiva de direito, se tiver havido violência ou grave ameaça (CP, art. 44, com a redação da Lei n. 9.714/98).

Contudo, a gravidade excepcional do crime de roubo — especialmente aqueles cometidos com violência real, ou à mão armada e em concurso de agentes — revela temibilidade dos assaltantes e causa total insegurança à população ordeira, que tem todo o direito de ser protegida, vendo serem efetivamente recolhidos à prisão aqueles que cometem crimes tais. E o próprio legislador não ficou alheio às evidências de periculosidade que denota o autor de crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, tanto que condiciona seu livramento condicional ao exame criminológico (art. 83, parágrafo único, do Cód. Penal) e impede a substituição da pena por medida restritiva de direito (CP, art. 44, com a redação da Lei n. 9.714/98).

Por isso que, para fixar o regime inicial de cumprimento de pena, a lei confere justo arbítrio ao Magistrado, para que sopese o merecimento do condenado, além das circunstâncias de fato que envolvem a prática do ato criminoso. Assim, em casos tais, desde que seja o agente pessoa de comprovada periculosidade, ou se tiver agido com especial perversidade ou frieza durante a execução do crime, poderá o Juiz impor regime inicial fechado para cumprimento da pena, apontando os dados concretos em que se baseou para lançar sua opção (*HC* n. 1.567-7-STJ,

DJU, 10-4-92; *HC* n. 69.118-8-STF, *DJU*, 15-2-93), sempre valorizando-se a situação individual do réu à luz dos arts. 33, § 3º, e 59 do Cód. Penal (*HC* n. 73.750- STJ, *DJU*, 6-9-96).

280. Art. 157 do CP — roubo — regime de cumprimento da pena — *v.* tb.

Regime da pena, p. 730.

Prisão albergue, p. 706.

Embora haja diversos precedentes que entendem que o regime de cumprimento da pena sempre há de ser imposto motivadamente à vista do caso concreto, na verdade em alguns crimes mais graves, especialmente aqueles praticados com violência contra a pessoa, com emprego de armas ou concurso de agentes, o regime fechado muitas vezes convém aos fins de prevenção geral e especial a que se destinam as penas.

Em diversos precedentes, entendeu o Supremo Tribunal Federal ser "justificada fixação do cumprimento inicial da pena imposta em regime fechado em face da periculosidade do agente decorrente da prática de roubo com duas qualificadoras (uma das quais foi o emprego de arma) constrangendo-se as vítimas a permanecerem no veículo roubado ainda que por curto espaço de tempo, máxime em vista da crescente onda de assaltos à mão armada e de crimes violentos que assola o País. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 70.557-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 5-10-93, 1ª T., STF, v.u., *DJU* 10-12-93, p. 17.119).

"Roubo à mão armada, assalto a banco. Cód. Penal, art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 29: justifica-se, em caso tal, o regime fechado para o início do cumprimento da pena. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 74.034-SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 27-8-96, 2ª T. STF, m.v., *DJU*, 19-12-96, p. 51.767).

"O regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática do crime de roubo qualificado é o adequado à reprimenda, ainda que se trate de réu primário" (*HC* n. 74.301-SP,

rel. Min. Maurício Correa, j. 29-10-96, 2ª T., v.u., *DJU*, 6-12-96, p. 48.711).

281. Art. 157 do CP — roubo — a palavra da vítima — *v.* tb.

Prova – palavra do ofendido, p. 717.

"Como é de iterativo e longevo entendimento pretoriano, as palavras da vítima, quando coerentes e amparadas por outros elementos de convicção, como na espécie, são de suma importância em delitos de roubo, perpetrados, de regra, na clandestinidade" (*RJDTACrim*, *24*:347, *24*:230, *22*:309, *18*:126, *16*:149, *15*:148, *12*:128, *6*:140, *3*:156, *2*:236; *JTACrim*, *85*:506, *75*:57, *73*:49, *50*:286; Ap. n. 1.025.369-5-São Paulo, 7ª Câm. TACrim, v.u.).

O fundamento é simples: "o ofendido é a pessoa mais qualificada para apontar o agente à Justiça. Suportou a ameaça, permaneceu à disposição do réu, e quando se propõe a identificar ao autor do roubo, o faz de maneira consciente de forma a contribuir com a Justiça. Daí a valia extrema de sua palavra voltada à identificação do réu, somente comprometida quando existir elemento consistente que recomende desconsideração" (Ap. n. 1.026.529-6, 11ª Câm. do TACrimSP, v.u., j. em 2-9-96, rel. Renato Nalini).

282. Art. 157 do CP — roubo — carro com bloqueador ou trava de combustível — *v.*

Art. 17 do CP, p. 65.

Art. 155 do CP, p. 182.

283. Art. 157 do CP — roubo — subtração de documentos — *v.* tb.

Art. 17 do CP, p. 65.

Art. 155 do CP, p. 183.

"Crime impossível — Roubo — Subtração de maleta contendo documentos — Ausência de dinheiro no seu interior — Impropriedade apenas relativa do objeto — Não configuração. A ausência de dinheiro na bolsa da vítima de roubo configura impropriedade relativa de objeto. Ademais, tendo ocorrido efetivo desapossamento de bens, não há como reconhecer a figura do crime impossível" (*RJDTACrim*, *11*:230).

284. Art. 157 do CP — roubo — o chamado *roubo de uso* — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 184.

Existiria a figura do *roubo de uso*, vez ou outra invocada na jurisprudência dos arestos?

Normalmente essas teses não têm a menor sustentação, especialmente quando sequer tenham os agentes, em momento algum, alegado a intenção de devolver a coisa no *status quo ante*. Se há abandono da coisa, não há falar em roubo de uso, pois, em hipótese análoga, nem mesmo se cogitaria do próprio furto de uso (*RT*, *431*:413, *429*:469, *403*:315; *JTACrim*, *80*:545, *62*:383; cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 155, p. 434, Saraiva, 1991). Além do mais, no crime de roubo, normalmente sequer se identifica, ainda que de longe, qualquer intenção lícita, como o estado de necessidade, que justificasse o temporário uso de coisa alheia (*JTACrim*, *19*:88).

Ora, se com sua ação, que não raro conta com emprego de arma na intimidação da vítima, os agentes violaram não só sua liberdade, como também privaram o uso legítimo da coisa pelo próprio dono, não se há de falar seja esse comportamento indiferente para o Direito Penal. Não só a liberdade pessoal e sua integridade física são bens relevantes, como também o uso da coisa é um dos poderes inerentes à propriedade ou à sua posse legítima; desse poder de uso, investe-se ilegitimamente o autor de uma subtração patrimonial violenta.

Nem colhem a favor do *roubo de uso* as mesmas razões de eqüidade que levaram à mitigação da responsabilidade penal em

matéria de *furto de uso*. Neste último, a subtração efêmera da coisa, para uso momentâneo e imediata restituição no *status quo ante*, não tem a mesma reprovabilidade social que a subtração praticada sob violência ou grave ameaça, ínsita no roubo. A se admitir, por absurdo, o roubo de uso, teríamos de admitir também a extorsão de uso, ou, por que não, o próprio latrocínio de uso... Ou seja, os fundamentos eqüitativos que levaram o julgador a admitir o furto de uso não existem na hipótese de roubo, de grande reprovabilidade social, sendo francamente minoritária a tese do roubo de uso (*RTJ*, *74*:308)[24].

285. Art. 157 do CP — roubo — *trombada* — *v.* tb.

Art. 157 do CP, p. 203.

Se o agente, para tomar o dinheiro da vítima, se vale do expediente conhecido como *trombada*, cometerá o crime de roubo quando empregar força física contra qualquer parte do corpo da vítima, como ao dar-lhe empurrão, trompaço ou murro (*RT*, *490*:261 e 264; *RJDTACrim*, *25*:369, *23*:325).

286. Art. 157 do CP — roubo — empurrão

"Empurrão é via de fato típico e configura a *vis corpore illata* integradora do roubo" (*JTACrim*, *93*:260). "Para a tipificação do crime de roubo, mera via de fato, tendo por escopo eliminar ou reduzir a capacidade de resistência da vítima, caracteriza emprego de violência física (*RJDTACrim*, *25*:369, *23*:325, *5*:180).

287. Art. 157 do CP — roubo — *gravata* — *v.* tb.

Art. 157 do CP, p. 203.

Expediente de que não raro se valem os agentes de crimes patrimoniais consiste na imobilização da vítima com um

24. A propósito, *v.* nosso artigo Observações sobre o crime de roubo, *RT*, *490*:268, n. 33.

abraço, na altura do pescoço, para a seguir efetuarem a subtração. Havendo emprego de força física contra qualquer parte do corpo da vítima, como empurrão, murro ou qualquer constrição física que a imobilize ou a reduza à impossibilidade de resistência, trata-se de roubo com modalidade de *vis corporalis* (*RT*, *490*:261 e 264).

No caso, a *vis corporalis* decorre da contenção física exercida pelo réu sobre a vítima. A atitude do agente que *segura a vítima* compreende o roubo (*RTJ*, *117*:879; *RT*, *608*:442-STF, *593*:453-STF), inclusive com o emprego de uma *gravata* (*JTACrim, 84*:323; *75*:376).

288. Art. 157 do CP — roubo — arrancar relógio do pulso da vítima

Se o agente emprega força física para tentar arrebatar o relógio do pulso da vítima, haverá furto ou roubo?

Poderia ser dito que a violência antes se destinaria à subtração da coisa e não a atingir a pessoa da vítima. Contudo, tal argumento, que de resto poderia valer para quase qualquer crime de roubo com violência real, não elidiria o fato de que o agente, ao tentar arrancar violentamente um relógio que está preso ao pulso de uma pessoa, certamente estaria a aceitar a possível e até provável conseqüência de ofender a integridade corporal da vítima, pois que o ato de arrancar uma pulseira do antebraço de alguém normalmente produz escoriações. Caberia aqui invocar a conhecida fórmula de FRANK para o dolo eventual: *dê no que der, aconteça o que acontecer, meu comportamento será esse*.

Quando o agente arranca o relógio de pulso de uma pessoa, de forma violenta (meio executório de ação), furto não comete, até porque assume o risco de ferir a vítima: trata-se de roubo (*JTACrim*, *90*:208, *88*:403).

Para a configuração do crime de roubo, basta o emprego de violência contra a pessoa, dispensando-se o evento de dano pessoal.

289. Art. 157 do CP — roubo — vítima desconhecida — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 182.

Pouco importa não tenha a vítima da subtração sido localizada para que se caracterize o crime de furto ou de roubo. Tanto o furto como o roubo são delitos que visam a tutelar não apenas a propriedade, mas também a posse, independentemente de quem seja seu titular, desde que o dono da coisa não seja o próprio agente da subtração (pois a tipicidade de tais crimes exige que o objeto material da ação seja *coisa alheia*); assim, posto não localizada a vítima, desde que haja prova suficiente de que houve a subtração *invito domino* de coisa alheia, em tese estará configurada a infração patrimonial correspondente.

E mesmo que a violência do roubo tenha sido empregada contra terceira pessoa que não a vítima da subtração, isso não descaracterizaria a infração penal do art. 157 do Cód. Penal, já que nada obstaria nesse tipo penal que a violência e o desapossamento fossem dirigidos contra sujeitos passivos diversos.

290. Art. 157 do CP — roubo — exercício arbitrário das próprias razões — *v.*

Art. 155 do CP, p. 185.

291. Arts. 157 e 148 do CP — roubo — seqüestro

Se o agente cometeu um roubo, e se manteve a vítima em seu poder por algum tempo relevante, restringindo sua liberdade, a legislação atual considera seu comportamento como roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º, V, com a redação da Lei n. 9.426/96), e não mais como roubo em concurso com seqüestro (CP, arts. 148 e 157, em concurso material), salvo se a privação da liberdade da vítima excedeu o tempo razoável para a execução da própria subtração, e protraiu-se no tempo o suficiente para configurar infração penal autônoma.

Art. 157 do CP – concurso de crimes

292. Art. 157 do CP — concurso de crimes — *v.* tb.

Art. 69 do CP, p. 138.

Art. 70 do CP, p. 138.

Art. 71 do CP, p. 139.

Enseja longas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais o roubo simultâneo ou imediatamente sucessivo a diversas vítimas (caso, por exemplo, em que todos os fregueses de uma loja sofrem ameaças e subtrações).

Segundo um posicionamento, nesses casos teremos infrações penais em concurso material (*RT*, *490*:261). Para outros, há uma só ação (uma subtração dirigida contra todos os presentes), o que configuraria o concurso formal. Ainda para outros, haveria o crime continuado (CP, art. 71 e parágrafo único).

Quanto à existência de crime continuado, concurso formal ou concurso material, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido em casos semelhantes o concurso formal: “Roubo — pluralidade de vítimas — momento único — concurso formal. Ocorre concurso formal quando o agente rouba várias pessoas de uma só vez. Precedentes” (*HC* n. 68.100-0-SP, 2ª T. STF, v.u., j. 25-9-90, Rel. Min. Paulo Brossard; *DJU*, de 26-10-90, p. 11.978).

A nosso ver, o roubo simultâneo ou imediatamente sucessivo a diversas vítimas configura a prática de infrações penais em concurso material. Presentes as condições do art. 71 *caput* do Cód. Penal, pode-se admitir em tese a figura da continuação delitiva, na forma do art. 71, parágrafo único, do mesmo estatuto. O que se deve afastar é a tese do crime único, porque não há *unidade de ação* — o núcleo do tipo está no verbo *subtrair*, e, embora com uma intimidação coletiva (mas que atinge a cada um dos presentes), a cada subtração, viola-se um patrimônio individual.

Art. 157 do CP – tentativa

293. Art. 157 do CP — tentativa — *v.* tb.

Art. 14, II, do CP, p. 59.

Art. 157, § 3º, do CP, p. 224.

A consumação do crime de roubo tem peculiaridades em relação à do crime de furto. Enquanto neste a consumação ocorre quando o agente retira a *res* da disponibilidade da vítima e fica em seu poder tranqüilo (DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 155, p. 265, ed. Freitas Bastos, 1986), já no roubo, a consumação se dá não raro com a imediata posse da *res* pelo agente, ou seja, desde a própria inversão violenta da posse passa não raro a haver plena e imediata disponibilidade da coisa subtraída pelo agente.

Assim, no roubo, quando o agente obtém a posse da coisa após ter rendido a vítima à impossibilidade de resistência mediante o emprego de armas, e não tendo a vítima a partir daí em momento algum disputado a posse da coisa com o agente, passa este a entrar em imediata disponibilidade da coisa subtraída, que sai da esfera de proteção e disponibilidade do dono (*JSTF*, *156*:335, STF-Pleno, j. 29-6-90; *RT*, *464*:423-STF; *RTJ*, *93*:415). Se o agente é preso posteriormente, tendo exercido posse indisputada do produto do crime ainda que por pouco tempo, o roubo já se terá consumado (STJ, 6ª T., j. 14-8-90, *DJU* de 12-11-90, p. 12.875; STJ, 5ª T., j. 5-12-90, *DJU* de 17-12-90, p. 15.390; *RT*, *605*:414-STF, *608*:448-STF, *657*:353-STJ; *RTJ*, *119*:853, *121*:723, *125*:759; *RT*, *572*:433, *542*:375, *540*:344, *522*:399; *JTACrim*, *74*:418, *55*:387, *55*:299).

Enquanto no furto o desapossamento em regra é clandestino, aproveitando-se o agente de um descuido de vigilância da vítima, no roubo o desapossamento se dá contra a efetiva e presente vontade da vítima, vencida no ato pela força física, pela grave ameaça ou por outro meio que lhe dificulte ou impossibilite a resistência. No furto a eventual perseguição da vítima ao ladrão faz manter presunção da vigilância sobre a coisa (sua imediata prisão faria reconhecer a tentativa); no roubo o desa-

possamento geralmente provoca a imediata inversão de disponibilidade do bem subtraído, quer pela *vis corporalis*, quer pela *vis anima illata*, raramente se animando as vítimas a perseguir o assaltante, muitas vezes armado, e assim de plano desistem da vigilância ou disputa sobre a *res*.

Nesse sentido inclinam-se as decisões do Supremo Tribunal Federal:

"A jurisprudência do STF, desde o RE 102.490, 17-9-87, Moreira Alves, dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada *esfera de vigilância da vítima* e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da *res furtiva*, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata; (...) com mais razão, está consumado o crime se, como assentado no caso, não houve perseguição, resultando a prisão dos agentes, pouco depois da subtração da coisa, a circunstância acidental de o veículo, em que se retiravam do local do fato, ter apresentado defeito mecânico" (*HC* n. 69.753- SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24-11-92, 1ª T., m.v., *DJU*, 19-2-93, p. 2.036).

"Não constitui mera tentativa de roubo se os réus foram presos em flagrante e na posse da *res furtiva*" (*HC* n. 74.301-SP, rel. Min. Maurício Correa, j. 29-10-96, 2ª T. STF, v.u., *DJU*, 6-12-96, p. 48.711).

"O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, firmou jurisprudência no sentido de que o delito de roubo já está consumado se o ladrão é preso em decorrência de perseguição imediatamente após a subtração da coisa, não importando assim que tenha, ou não, posse tranqüila desta" (RE n. 108.479; *HC* n. 70.289-SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15-6-93, 1ª T., STF, v.u., *DJU*, 27-8-93, p. 17.021).

294. Art. 157 do CP — tentativa — há consumação se há extravio da *res*

Não há falar em tentativa, se o agente foi preso depois de efetivada a subtração, e tanto teve disponibilidade do produto do

roubo, que pôde lançá-lo fora de forma a tornar definitivo o desapossamento patrimonial da vítima. O locupletamento ilícito do réu não integra o tipo penal, de forma que a ausência de vantagem patrimonial efetiva de sua parte não impede a consumação.

295. Art. 157 do CP — tentativa — inexistência

"A violência característica do roubo tem de ser exercida para o fim da subtração patrimonial ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída. Se o agente é surpreendido e perseguido quando, sem violência pessoal, estava a apoderar-se da coisa, frustrando-se a tirada, mas vem a empregar violência contra seus perseguidores, para assegurar a fuga, não há tentativa de roubo, mas de furto, em concurso material com o crime contra a pessoa" (HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Forense, VII/61, ed. Forense, 1967; no mesmo sentido, *JTACrim*, *69*:61, *62*:50; *RT*, *559*:361).

296. Art. 157 do CP — tentativa — presença da vítima junto à *res* — consumação do roubo

Não raro, é a vítima de roubo dominada e despojada de seus pertences, e os assaltantes obrigaram-na a permanecer no veículo, que põem em movimento, levando-a consigo contra a sua vontade, numa viagem de imprevisível destino, que só é interrompida ao bel-prazer dos agentes, ou em decorrência do casual encontro com uma patrulha policial, que intercepta o veículo e faz o flagrante. Nesse caso, "bem de ver que a presença da vítima nesse momento não significava o exercício de posse e vigilância sobre a *res furtiva*, da qual o apossamento pelos ladrões já se consumara (...). Privada, até da liberdade pessoal, não podendo, sequer, dispor de sua própria pessoa, não havia reconhecer na vítima qualquer possibilidade prática de exercício da posse suprimida no assalto, devendo-se a mero acaso a interceptação policial, uma vez que não existia perseguição que inquietasse os assaltantes e intranqüilizasse a livre fruição dos bens apossados" (Ap. Cr. n. 125.989-SP, TJSP, j. 7-7-75).

Art. 157, § 2º, I, do CP

297. Art. 157, § 2º, I, do CP — emprego de arma — conceito — *v.*

Arma, p. 57.

Art. 157 do CP, p. 203.

Lei n. 9.437/97, p. 621.

298. Art. 157, § 2º, I, do CP — arma não apreendida e arma não submetida à perícia

Nos crimes de roubo, em que a arma não foi apreendida, ou não foi submetida a perícia, nem por isso deverá ser afastada a presença da qualificadora, se o emprego da arma estiver incontroversamente provado nos autos.

Seria contra-senso acreditar-se na palavra da vítima, quando afirma a materialidade e autoria do crime de roubo (o mais), mas desprezá-la quando afirma a mera circunstância, que é o emprego de arma na execução do crime (o menos).

Assim, em que pesem ponderáveis entendimentos em contrário, temos que, "em crimes de roubo qualificado, irrelevante a não-apreensão da arma, pois a sua existência, tanto pela vítima, como pelo próprio apelante, foi afirmada em ambas as fases, e se os seus relatos serviram para provar a autoria e a materialidade, não podem merecer desconsideração para efeito de qualificação do delito" (*RJDTACrim*, *24*:230-234, *19*:159, *16*:148, *10*:142, *10*:117; Ap. n. 883.541-0-S. Paulo, 7ª Câm., v.u.; Ap. n. 1.025.369-5-S. Paulo, 7ª Câm., v.u.).

Tanto mais que "em sede de roubo qualificado, o exame pericial da arma é desnecessário, vez que a violência ínsita do delito conforma-se com a simples utilização dela, independentemente de sua capacidade de vulneração, sendo certo que até mesmo uma mera réplica é idônea para propiciar a violência da conduta criminosa" (*RJDTACrim*, *18*:140, *17*:160, *15*:159).

299. Art. 157, § 2º, I, do CP — arma defeituosa, descarregada, brinquedo etc.

Quando o agente subtrai bens da vítima, depois de reduzi-la à impossibilidade de resistência mediante exibição de arma de brinquedo ou simulado de arma, teria cometido furto em concurso formal ou material com o crime do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.347/97, ou teria cometido roubo qualificado?

A infração do art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.347/97 supõe que o agente utilize arma de brinquedo ou simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes; por sua vez, o roubo qualificado, de que cuida o art. 157, § 2º, I, do Cód. Penal, é aquele em que o agente, ao subtrair o bem, intimida a vítima com emprego de arma.

Há concurso de crimes (concurso formal, concurso material) ou concurso aparente de normas (uma única infração)?

A nosso ver, se o agente, para subtrair, usa uma arma de brinquedo ou simulacro de arma, sem dúvida está cometendo roubo, pois com esse recurso está reduzindo a vítima à impossibilidade de resistência. E como a qualificadora do emprego de arma, no roubo, visa a reprovar mais severamente aquele agente que se vale de meio que lhe confere maior poder para vencer a resistência da vítima, tanto a arma autêntica carregada, como a arma autêntica descarregada ou o simulacro de arma (se a vítima os toma por armas verdadeiras e carregadas), são aptos para configurar a presença da qualificadora. Entender o contrário seria afirmar que, assim como não é arma um brinquedo, também não é arma aquela descarregada ou aquela ineficaz para disparos, e, com isso, sem apreensão da arma e perícia, seria impossível constatar a presença da qualificadora. Este raciocínio, *concessa venia*, peca por desconsiderar que, em todas essas circunstâncias, a vítima está autorizada a crer seja a arma verdadeira e carregada, e, como não seria exigível que ela tivesse de certificar-se disso, estará justificadamente intimidada, e, em conseqüência, presente o *plus* de reprovabilidade ínsito à qualificadora.

Assim, não há falar senão em concurso aparente de normas entre o art. 155 *caput*, ou entre o art. 157, § 2º, I, do Cód. Penal, e o art. 10, § 1º, II, da Lei n. 9.347/97, e esse conflito há de resolver-se em favor da existência do crime único de roubo qualificado.

Por isso que a arma defeituosa, descarregada ou contrafeita qualificam o roubo (*RTJ*, *126*:361, *109*:285, *106*:838, *103*:443; RE n. 112.594, 109.229, 107.441); com identidade de razão o faz a arma de brinquedo (*RTJ*, *114*:341, *113*:401, *109*:1285, *106*:838; *RT*, *592*:434, *567*:490-STF; Súm. n. 174 – STJ)[25], ou o objeto utilizado como arma, posto não apreendido (*JTACrim*, *93*:377, *89*:443). No caso concreto, seu uso pode infundir na vítima o justo e integral receio de que, se resistir, poderá sofrer risco à sua integridade física. Não seria exigível que devesse a vítima verificar com a sua vida a eficácia em concreto da arma que lhe foi apontada (*RT*, *490*:267).

300. Art. 157, § 2º, I, do CP — mera simulação do emprego de arma no roubo

A mera simulação do emprego de arma também serve para integrar a grave ameaça ínsita ao tipo do roubo. Se importa a idoneidade intimidativa da arma e não sua eficácia vulnerante, a simulação da posse de arma pode ser apta a vencer a resistência da vítima. Quem, por exemplo, põe a mão dentro da roupa e finge estar armado, em tese está evidentemente em condições de intimidar a vítima como se estivesse mesmo armado: não seria exigível que o ofendido devesse verificar a existência real da arma, para, só então, sentir-se intimidado. A efetividade da intimidação será apurada em concreto, pois, nesse caso, a vítima pode sentir-se intimidada da mesma maneira que ocorreria se o agente estivesse com uma arma verdadeira, ainda que descarregada, ou até mesmo com uma arma de brinquedo, e a vítima não soubesse disso. Em outras palavras, estará presente o roubo, ainda que ausente a qualificadora do efetivo emprego de arma.

25. Em sentido contrário, da 1ª T. do STF, cf. *RT*, *696*:434.

Com efeito, se a simulação do emprego de arma serve para tipificar o roubo, porque é um meio que pode reduzir a vítima à impossibilidade de resistência, essa mesma simulação não nos parece bastante para assegurar a presença da qualificadora.

Anteriormente, no início de nossa carreira no Ministério Público paulista, já entendêramos que a simulação do emprego de arma inexistente também qualificaria o roubo, pelos mesmos fundamentos que o faz a arma de brinquedo: se importa a idoneidade intimidativa da arma e não sua eficácia vulnerante, a simulação da posse de arma permitiria a aplicação da qualificadora. Assim, quem pusesse a mão dentro da roupa e fingisse estar armado, em tese estaria evidentemente em condições de intimidá-la como se estivesse armado: não seria exigível que a vítima devesse verificar a existência real da arma. A efetividade da intimidação seria apurada em concreto, pois, nesse caso, a vítima poderia sentir-se intimidada da mesma maneira que ocorreria se o agente estivesse com uma arma verdadeira, ou até mesmo de brinquedo ou descarregada e ela não soubesse disso. Os fundamentos comuns autorizariam a mesma conclusão[26].

Entretanto, enquanto exercíamos nosso cargo junto à Procuradoria de Justiça de São Paulo, melhor meditamos sobre o assunto. Consideramos que, embora se possa admitir que uma arma de brinquedo ainda seja uma arma, posto de brinquedo, já a simulação da existência de uma arma inexistente não pode ser considerada emprego de arma, de forma que, pelo princípio da tipicidade, não se poderia propugnar pela presença de uma qualificadora que supõe *emprego de arma*.

301. Art. 157, § 2º, I, do CP — arma de brinquedo — se o agente não se intimida, é tentativa de furto — *v.* tb.

Art. 155, § 4º, II, do CP (furto com fraude), p. 194.

---

26. *V.* nosso artigo Observações sobre o crime de roubo, *RT*, *490*:267, *h*.

O roubo supõe o emprego de violência, grave ameaça ou outro meio que reduza a vítima à impossibilidade de resistência.

Suponhamos que o réu tente subtrair a *res* da vítima, buscando intimidá-la com a exibição de um simulacro de arma; na hipótese, admitamos que a vítima não se engane e reaja. Seriam os fatos tentativa de roubo ou furto?

Como se sabe, é jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça que o emprego de arma de brinquedo, na intimidação, caracteriza roubo: "no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena" (Súm. n. 174).

Entretanto, sendo o crime de roubo um delito que supõe violência ou grave ameaça, ou emprego de qualquer meio capaz de vencer a resistência da vítima, é mister concluir que, em se tratando de intimidação com emprego de arma de brinquedo, precisa a intimidação ser efetiva, para que, por meio desse expediente, consiga o agente abalar a resistência da vítima.

Ora, se no caso a intimidação não foi frutífera, pois a vítima de plano percebe o simulacro e reage, não nos parece desarrazoado imputar-se ao réu a tentativa de furto. O emprego da arma de brinquedo, no caso, deverá ser considerado como mera fraude infrutífera empregada pelo agente, com o objetivo frustrado de alcançar a subtração patrimonial (art. 155, § 2º, II, do CP).

Art. 157, § 2º, I e s., do CP

302. Art. 157, § 2º, I e s., do CP — regime de cumprimento da pena — *v.*

Art. 157 do CP, p. 203.

Prisão albergue, p. 706.

303. Art. 157, § 2º, I e s., do CP — roubo com várias qualificadoras — fixação da pena — *v.* tb.

Pena – fixação, p. 685.

Verdade é que a lei qualifica o crime de roubo, entre outras hipóteses, seja pelo concurso de agentes, seja pelo emprego de armas, seja pela subseqüente privação de liberdade da vítima. Mas a presença de diversas qualificadoras, em vez de apenas uma, gera maior reprovabilidade na conduta (*RJDTACrim*, *18*:130, *17*:137, *16*:151; *JTACrim*, *87*:265, *85*:7, *82*:309, *81*:511, *45*:213), pois os agentes, para vencerem a resistência da vítima, mais que se acumpliciarem, utilizaram armas de grande potencial ofensivo e intimidador, ou a seqüestraram.

Naturalmente, nesses casos a reprovabilidade é maior. Não pode ser letra morta da lei a possibilidade de fixar-se a pena dentro de um limite mínimo e máximo, como se o limite mínimo fosse o único imponível. É justamente para que um crime com várias qualificadoras receba uma pena diferenciada, que existem os limites de imposição da pena, inclusive para as figuras qualificadas do delito.

Admitindo-se o contrário, chegaríamos a conseqüências indesejáveis e injustas, pois seria indiferente para o Direito que o réu cometesse o crime com uma, duas ou mais qualificadoras. Assim, já que está acumpliciado com outros para roubar, melhor que todos usem armas; melhor ainda, para a segurança do assaltante, que ele leve a vítima consigo, privando-a de sua liberdade... Essa interpretação estimularia a prática de roubos à mão armada *e* em concurso de agentes *e* com seqüestro das vítimas, pois não só o sucesso da empreitada seria mais seguro, como a eventual pena seria a mesma. Nada teria a perder o agente que, em vez de roubar sozinho e armado, se associasse a outros agentes nas empreitadas criminosas e ainda mantivesse a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Por isso "a biqualificação do roubo, por maior a perigosidade e a reprovabilidade, e para que não se igualem situações díspares, o que conflita com o princípio da individualização das penas, autoriza sejam exasperadas em dois quintos, e não em um terço, de acordo com orientação jurisprudencial desta (*RJDTACrim*, *24*:313-316) e de outras Câmaras" (*RJDTACrim*,

25:288, *18*:130, *17*:137, *17*:128, *16*:151-154; Ap. n. 716.579-1, 6ª Câm., Ap. n. 726.701-1-S.Paulo, 9ª Câm., v.u.; Ap. n. 1.025.369-5-S. Paulo, 7ª Câm., v.u.).

Nesse sentido decidiu o Pretório Excelso: "Pena-base. Fixação. Circunstâncias agravantes. Causas de aumento da pena. Concurso de pessoas e emprego de arma de fogo no crime de roubo. Art. 157, § 2º, I e II, do Cód. Penal. Vícios inocorrentes. Havendo duas causas de aumento (concurso de pessoas e uso de arma de fogo), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que ambas sejam consideradas na delimitação final da pena. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 73.766-SP, j. 28-6-96, 1ª T., v.u., *DJU*, 6-9-96, p. 31.854)[27].

Com o advento da Lei n. 9.426/96, que trouxe novas formas qualificadas para o roubo, os tribunais passaram a admitir que a pena do roubo seja exasperada em conformidade com a quantidade de qualificadoras: "com a recente introdução de mais duas qualificadoras no roubo, totalizando cinco, deve-se ter em mente que, presente uma qualificadora, deve-se impor o aumento mínimo; duas, aumento de três oitavos (3/8); três, cinco doze avos (5/12); quatro, onze vinte e quatro avos (11/24); cinco, o máximo" (Ap. n. 1.075.909-8, TACrim, 12ª Câm., v.u., rel. José Habice).

Em síntese: o aumento mínimo (1/3) deve ficar reservado a crimes praticados com uma única qualificadora; o aumento máximo (1/2), para crimes praticados com as cinco qualificadoras; nos demais casos, entre duas e quatro qualificadoras, o aumento há de ser médio.

304. Art. 157, § 2º, I e s., do CP — roubo com várias qualificadoras — fixação da pena — posição restritiva (STF)

Não tem o Supremo Tribunal Federal aceito o aumento da pena *no limite máximo* apenas em vista da existência de duas

---

27. A propósito da matéria, *v.*, tb., os arestos referentes aos seguintes casos: *HC* n. 70.117, *RTJ*, *151*:172, *HC* n. 70.900, 71.176 e 73.536-3-RJ.

qualificadoras (*HC* n. 71.741-RJ, rel. Maurício Correa, j. 14-3-95, *DJU* 26-5-95, p. 15.156); para tanto, tem exigido motivação em concreto na sentença (*HC* n. 69.753-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24-11-92, 1ª T., m.v., *DJU*, 19-2-93, p. 2.036).

"É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a concorrência de mais de uma causa especial de aumento de pena não induz, por si só, a uma dupla agravação da pena-base, ***ainda que, se for o caso, a segunda delas possa ser levada em conta na fixação dessa mesma pena-base***; menos ainda pode a simples presença de mais de uma agravante especial justificar, sem fundamentação específica, a eleição do percentual máximo de exasperação da pena" (*HC* n. 72.306-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-10-95, 2ª T., v.u., *DJU*, 17-11-95, p. 39.207; *HC* n. 69.515-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., *DJU*, 12-3-93, p. 3.561).

Entretanto, "havendo duas causas de aumento (concurso de pessoas e uso de arma de fogo), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que ambas sejam consideradas na delimitação final da pena" (*HC* n. 73.766-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28-6-96, 1ª T., v.u., *DJU*, 6-9-96).

Com base em circunstâncias concretas é que aquela Corte tem recomendado sejam impostos os aumentos pelas qualificadoras: "Tratando-se de roubo praticado com uso de armas e concurso de agentes, podia a pena-base ser acrescida de um terço, até metade, nos termos do § 2º do art. 157 do Cód. Penal. Levando em conta a duplicidade de qualificadoras, o emprego de várias armas, por quatro agentes, e o número de vítimas (quatro), estava o Tribunal autorizado, em princípio, pelo § 2º, a optar pelo acréscimo máximo (metade)" (*HC* n. 71.330-SP, rel. Sydney Sanches, j. 16-8-94, v.u., 30-9-94).

"Pena — Fixação — Causas de aumento. Não há como considerar fundamentada fixação da pena quando, após estipulada a básica com grande rigor, ocorre a exasperação, resultando na apenação máxima prevista em lei a partir, tão-somente, do enquadramento da hipótese em duas causas de aumento, ou

seja, as dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal. Incompatibilidade com a ordem jurídica da dupla incidência que, assim, longe fica de justificar a observância do percentual máximo. Precedente: *HC* n. 69.515-9-RJ, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, perante a 1ª T., cujo acórdão foi publicado no *DJU* de 12-3-93, a p. 3.561: 'Quando em razão de causa especial de aumento a lei autoriza a exasperação da pena dentro de determinados limites percentuais, a opção pelo máximo da agravação permitida há de ser fundamentada com base em dados concretos...', sendo que '... é ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a concorrência de mais de uma causa especial de aumento de pena não induz, por si só, a uma dupla agravação da pena-base, *ainda que, se for o caso, a segunda delas possa ser levada em conta na fixação dessa mesma pena-base*; menos ainda pode a simples presença de mais de uma agravante especial justificar, sem fundamentação específica, a eleição do percentual máximo de exasperação da pena" (*HC* n. 72.306-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-10-95, 2ª T., v.u., *DJU*, 17-11-95, p. 39.207).

Art. 157, § 3º, do CP

305. Art. 157, § 3º, do CP — *v.*

Art. 157 do CP, p. 203.

Latrocínio, p. 556.

Roubo – tentativa, p. 213.

306. Art. 157, § 3º, do CP — latrocínio consumado, com morte consumada e subtração tentada

Se os agentes consumaram a subtração patrimonial e ainda tentaram matar a vítima durante a execução do roubo, no caso não se trata apenas de roubo consumado, com as qualificadoras do § 2º, I e II, do art. 157 do Cód. Penal, e sim de tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, e 14, II, do Cód. Penal).

Embora haja controvérsia sobre essa hipótese (*v.g.*, *RT*, *441*:380), no caso de morte tentada e subtração consumada, há tentativa de latrocínio, como já temos sustentado (*RT*, *490*:265, n. 18). Partindo da premissa de que o latrocínio se consuma com a morte, conhecido o escopo do agente de subtrair, haverá tentativa de latrocínio desde que a subtração reste consumada e morte tentada.

O que não há de cogitar é de: *a)* roubo qualificado apenas pelo § 2º do art. 157 do Cód. Penal, já que houve incursão na tipicidade do § 3º do mesmo dispositivo, combinado com o art. 14, II, do estatuto penal; *b)* latrocínio consumado, pois este só se daria com o evento morte; se não há subtração e morte, não se perfaz o tipo complexo de latrocínio; *c)* tentativa de homicídio qualificado, uma vez conhecido o escopo do agente (de roubar), e uma vez que tenha ele já ingressado na tipicidade do art. 157 do CP (iniciando a subtração violenta). Assim, o tipo penal ferido será o do art. 157 *caput*, combinado com o § 3º, e art. 14, II, do Cód. Penal, pois a violência que causa morte tanto pode ser começo como fase de execução do roubo (MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, cit., II, n. 253).

Não se exige que morte e subtração fiquem ambas na esfera tentada, para que se tenha a tentativa de latrocínio: para tanto, basta que seja iniciada a execução do tipo penal, que, como no caso é complexo, pode dar-se seja pela subtração seja pela morte, alternada ou cumulativamente.

É isso o que têm decidido nossos tribunais: "morte consumada, subtração tentada. É caso de latrocínio consumado" (*RT*, *490*:265, *479*:301, *467*:323, *451*:388).

307. Art. 157, § 3º, do CP — pena mínima

Com o advento da Lei n. 9.426/96, aumentou-se a pena mínima para a violação ao § 3º do art. 157 do Cód. Penal, que passou de 5 anos para 7 anos de reclusão, afora a multa. Com isso, agora se evita o paradoxo que vinha da legislação anterior: o réu que, armado e acumpliciado com outros, roubasse e ainda

causasse lesões graves na vítima, receberia pena mínima inferior à que receberia se, armado e acumpliciado com outros, roubasse sem ferir a vítima, ou ferindo-a apenas levemente (5 anos e 4 meses de reclusão, afora a multa, cf. art. 157, § 2º, I e II, do Cód. Penal).

308. Art. 157, § 3º, do CP — pena do co-autor — *v.* tb.

Art. 29, § 1º, do CP, p. 87.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, o co-autor que participa do roubo armado responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa — e no caso, o agente tinha permanecido fora da residência roubada, vigiando o local, para dar aos comparsas, dentro da casa, a segurança necessária à prática da subtração (*HC* n. 74.949-6-SP, 2ª T., j. 10-6-97, v.u., rel. Min. Marco Aurélio; cf. Aviso n. 486/97-PGJ, *DOE*, seç. I, 22-10-97, p. 32; no mesmo sentido, *HC* n. 57.963-RS, rel. Min. Djaci Falcão, 2ª T., *RTJ*, *98*:633).

Naturalmente, e for o caso, deve-se aplicar a regra do § 2º do art. 29 do Cód. Penal. Como anota Damásio E. de Jesus, "suponha-se que dois assaltantes combinem a prática de um roubo. Um deles permanece fora da residência da vítima. O outro nela penetra e comete um latrocínio. Demonstrado que a morte da vítima não ingressou na esfera do dolo direto ou eventual do partícipe, este deverá responder por roubo qualificado, mas não por latrocínio. Se, entretanto, lhe era previsível a morte do sujeito passivo, sem ter agido com dolo direto ou eventual, a pena do roubo qualificado será aumentada até a metade" (*Código Penal anotado*, nota ao art. 29, ed. Saraiva, 1991).

Arts. 157 e 329 do CP

309. Arts. 157 e 329 do CP — roubo *versus* resistência — *v.*

Arts. 329 versus *157 do CP*, p. 320.

Art. 158 do CP

310. Art. 158 do CP — extorsão — *v.*

Art. 71 do CP (crime continuado), p. 139.

Art. 147 do CP (ameaça), p. 179.

Art. 157 do CP (roubo), p. 203.

Art. 159 do CPP, p. 233.

Art. 167 do CPP, p. 241.

311. Art. 158 do CP — art. 157 do CP — roubo e extorsão — crime continuado — *v.* tb.

Art. 71 do CP, p. 139.

Temos sustentado que, em caso de roubo e extorsão contra vítimas diversas, há concurso material, diante da pluralidade de ações típicas e de ofendidos (*RT*, *490*:263, n. 7).

E quando da prática de extorsão em seguida a um roubo, contra a mesma vítima? Há grande controvérsia a respeito.

Entendem alguns que a segunda ação não passaria do desdobramento do próprio roubo (*JTACrim*, *84*:285). A nosso ver, porém, essa posição não satisfaz, seja porque nessa múltipla conduta estão presentes todos os requisitos típicos das duas infrações, seja ainda porque seria conceder *a priori* um *bill* de indenidade para quem, além de roubar, queira extorquir, em muito aumentando o dano social.

Entendem outros tratar-se de concurso material. Num precedente em que os assaltantes invadiram a residência da vítima, roubaram-lhe jóias e outros objetos, e a seguir exigiram que ela emitisse cheques, por maioria o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que havia roubo e extorsão em concurso material, porque roubo e extorsão, ainda que crimes *da mesma natureza*, não seriam *da mesma espécie*, porque previstos em dispositivos legais diferentes (*RT*, *600*:439; no mesmo sentido, *RTJ*, *100*:940).

Não obstante sejam elevados os precedentes invocados, em caso de roubo seguido de extorsão, ações essas praticadas no mesmo contexto e contra a mesma vítima (como no exemplo em que os agentes invadem a casa da vítima, roubam seus bens e a obrigam-na no ato a emitir cheques), temos entendido configurar-se o crime continuado, pois que, embora sejam roubo e extorsão descritos em artigos de lei diversos, ambos contêm o mesmo preceito jurídico, ou seja, em ambos, o que é punido é o desapossamento patrimonial praticado basicamente sob violência real ou ficta, como a grave ameaça, daí gerando ofensa não só ao patrimônio como à liberdade da pessoa. As diferenças entre ambos residem em que no roubo o agente subtrai a coisa, enquanto na extorsão a vítima a entrega; no roubo, o mal e o proveito são iminentes, enquanto na extorsão o mal é prometido e a vantagem futura. Mas tais diferenças não alteram a essência desses crimes, que são da mesma espécie. Subjetivamente, em ambos há o intuito de lucro; objetivamente, em ambos há a inversão da posse, por meio de violência real ou ficta (*RT*, *490*:264, n. 7; *v.*, tb., Ap. n. 119.609 e 74.113-TACrim; *JTACrim*, *73*:180; *RT*, *516*:344, *516*:312; *RJTJSP*, *10*:539).

É verdade que, em alguns casos concretos, há situações limítrofes entre o roubo e a extorsão. Assim, num assalto de rua, em que o agente exige a bolsa ou a vida da vítima, e esta lhe entrega os bens patrimoniais, a rigor teria havido *entrega* da *res* e não *subtração*. A praxe forense, entretanto, amparada em pacífica jurisprudência, tem entendido que, para configurar-se a extorsão, o comportamento da vítima deve ter alguma relevância causal e ser futuro, não se confundindo com uma entrega imediata, que na prática poderia ser substituída pela própria subtração, já ao alcance imediato do assaltante. Entende-se que, para haver a extorsão vera e própria, é mister que o agente exija da vítima um comportamento autônomo, que não se limite a substituir uma *contrectatio* que o próprio assaltante poderia fazer no ato (como obrigar a vítima a emitir um cheque, a sacar dinheiro no banco, a trazer-lhe as economias que estão em outro lugar etc.).

312. Art. 158 do CP — extorsão — momento da consumação

Para que se configure o crime de extorsão, na modalidade consumada, pouco importa que o sujeito passivo da extorsão não tenha acedido às exigências do réu. Com efeito, o núcleo do tipo penal da extorsão não é *obter o proveito ilícito* (caso em que a falta de sua obtenção obstaria à consumação do delito), nem é *obter especial mudança de comportamento da vítima* (caso em que a recusa do sujeito passivo em adequar-se às precisas exigências do réu poderia impedir a consumação do crime), e sim é *constranger alguém com o intuito de obter o proveito patrimonial ilícito* (CP, art. 158).

A tese de que o crime de extorsão só se consumaria com o efetivo dano patrimonial causado à vítima tem sido sistematicamente rejeitada pelos tribunais: "a efetiva obtenção da ilícita vantagem econômica, que motivou a ação delituosa do agente, constitui mero exaurimento do crime de extorsão. A natureza do delito de extorsão dispensa, para efeito de configuração do seu momento consumativo, a ilícita obtenção, pelo agente ou por terceira pessoa, da vantagem patrimonial indevida. Precedentes jurisprudenciais" (Rev. Cr. n. 4.886-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 29-3-90, m.v., STF Pleno, *DJU*, 23-4-93, p. 6.919). Assim, "o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida" (Súm. n. 96 – STJ). "Desse modo, consuma-se o delito com o comportamento positivo ou negativo da vítima, no instante em que ela faz, deixa de fazer ou tolera que se faça alguma coisa" (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito penal*, v. 2/323, 1988).

313. Art. 158 do CP — extorsão — grave ameaça — *v. tb.*

Ameaça, p. 47.

Art. 157 do CP – ameaça, p. 204.

Quando se identifica a *grave ameaça*, que é um dos meios de execução da extorsão ou do roubo?

A lei penal exige que haja *grave ameaça* para a configuração de diversos crimes, como forma especial de intimidação da vítima (*v.g.*, arts. 146-7, 157-8, do Cód. Penal). Enquanto na violência corporal (*vis corporalis*) temos emprego de força física para vencer a resistência da vítima, já na ameaça (*vis compulsiva* ou *vis anima illata*), a vítima, embora também seja vencida em sua resistência, vem agora a ser aterrada e constrangida em sua vontade. Trata-se, neste último caso, de uma forma de violência moral, como bem anotou NORONHA: a *vis compulsiva* "exerce sobre a vítima ação inibitória, paralisando-lhe a vontade e o querer, obstando ou impedindo que se defenda ou oponha à ação do delinqüente. Pode ser manifestada por palavras, gestos, atos ou escrito. Impõe a lei seja grave, isto é, o mal prometido à pessoa deve ser para ela de capital importância, para sacrificar-se na sua liberdade de querer e agir"[28].

Nem todas as ameaças, porém, são *graves*. Em alguns casos, é evidente a distinção: assim, é grave a ameaça séria de morte; já não tem igual gravidade a ameaça de esbofetear alguém; nem, normalmente, tem a mesma idoneidade intimidativa rogar uma praga ou fazer promessas de males inverossímeis. Mas, como anotou com razão CELSO DELMANTO, com apoio na jurisprudência, afastados os casos extremos, no mais "a gravidade da ameaça deve ser apurada em cada caso, atendendo às condições o fato e às personalidades do agente e da vítima" (*JTACrim*, *68*:273)[29].

Nesse sentido, é de ANÍBAL BRUNO a observação de que a ameaça, relevante para a lei penal, é aquela que *perturba e escraviza a vontade, como violência moral*, de forma que a vítima *se veja forçada a cumprir o que o agente determina* (*Direito penal*, parte especial, tomo IV, p. 343, Forense, 1972). Por isso que geralmente não há falar em inidoneidade da intimidação, se o agente conseguiu o fim que pretendia (*JTACrim*, *57*:205, *43*:91); assim, "é indispensável que o sujeito passivo sofra ameaça de dano

28. *Direito penal*, II, n. 376, 21ª ed., Saraiva.

29. *Código Penal comentado*, art. 158.

capaz de intimidá-lo" (MIRABETE, *Manual de direito penal*, v. 2, n. 11.2.5, p. 221, ed. Atlas, 1991; *RT, 428*:368).

Ora, os bens ou interesses visados pela grave ameaça que integra o crime de extorsão "podem ser a vida, a integridade física, a honra, a reputação, o renome profissional ou artístico, o crédito comercial, o equilíbrio financeiro, a tranqüilidade pessoal ou familiar, a paz domiciliar, a propriedade de uma empresa, em suma: todo bem ou interesse cujo sacrifício represente, para o respectivo titular, um mal maior que o prejuízo patrimonial correspondente à vantagem exigida pelo extorsionário" (HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 158, n. 26).

Suponhamos que o réu, gerente de compras de uma empresa, exija comissões indevidas de um fornecedor, para não romper o contrato de fornecimento. Se o fornecedor acede às exigências, porque aquele fornecimento é vital para a sobrevivência econômica de sua empresa, e o réu tem mesmo poderes para condicionar a continuidade do fornecimento ao recebimento da vantagem indevida, seria isso *grave ameaça*, para os fins penais? Ou será que isso não teria passado de práticas comerciais imorais, mas não criminosas?

Dependendo do cuidadoso exame do caso concreto, será possível estar presente a *grave ameaça* no sentido técnico penal, se a vítima age intimidada, tão-somente por medo de perder um contrato, ou seja, a *vis compulsiva*.

Assim, se a vítima se intimida diante das ameaças do agente, e se sente coagida a ponto de realizar comportamento desejado por aquele e não desejado por ela própria, e se ao agente paga quantia vultosa, que não devia nem queira pagar a não ser para não sofrer mal injusto e que ela considera grave, o crime será o de extorsão.

Mas, como a extorsão pressupõe a grave ameaça, com idoneidade intimidativa, a conseqüência é a de que, se a vítima não se intimida nem se sente coagida com a exigência feita pelo agente, não haverá falar em extorsão.

314. Art. 158 do CP — extorsão e concussão — *v.* tb.

Art. 316 do CP, p. 317.

A extorsão distingue-se da concussão, porque, além da diversidade de tipos, nesta basta a exigência, não sendo necessária a ameaça de mal grave (CP, art. 316).

315. Art. 158 do CP — extorsão contra pessoa jurídica

No crime de extorsão, nem sempre o sujeito passivo da violência ou da ameaça é o mesmo que é obrigado a fazer a ação desejada pelo criminoso.

Na extorsão, é necessário que as ameaças sejam dirigidas a pessoa física? Como bem decidiu o Tribunal de Alçada Criminal paulista, não há como se falar que não estaria caracterizado o crime pelo fato de não terem sido dirigidas as ameaças a pessoas físicas determinadas, mas sim a uma empresa, pois a objetividade jurídica da figura em questão é a inviolabilidade do patrimônio, e, neste passo, a pessoa jurídica é passível de ser atingida; assim, desde que as ameaças sejam factíveis, e, desde que cumpridas, possam gerar graves prejuízos à empresa, em tese haverá o crime de extorsão (*RJDTACrim*, *27*:93).

Art. 158 do CPP

316. Art. 158 do CPP — exame de corpo de delito indireto — *v.* tb.

Art. 129 do CP, p. 166.

Para a prova de lesões corporais, tem-se admitido laudo indireto de corpo de delito, com base nos dados da ficha clínica do hospital e apoio na prova testemunhal (*RJDTACrim*, *4*:111), mormente quando impossível a realização do exame direto (Ap. n. 787.515-1-Bebedouro, TACrim, 11ª Câm., v.u., j. 22-11-93, rel. Xavier de Aquino).

317. Art. 158 do CPP — falta de exame de corpo de delito — *v.* tb.

Art. 167 do CPP, p. 241.

Art. 171 do CP, p. 250.

Como observou EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "a falta de exame dos instrumentos do crime não constitui nulidade — eis um ponto assente; muita vez, é materialmente impossível tal exame, visto não ter havido apreensão, impedida, freqüentemente, por não se encontrarem as armas ou objetos de que se serviu o infrator" (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. 2º, p. 558, 3ª ed., Borsói, 1958).

Art. 159 do CP

318. Art. 159 do CP — seqüestro e roubo — concurso material — *v.* tb.

Arts. 69 e s. do CP, p. 138.

Art. 157 do CP, p. 203.

Art. 158 do CP, p. 227.

"Configura o crime de privação de liberdade mediante seqüestro (CP, art. 159) a retenção da vítima, ainda que por exíguo período de tempo, no interior de veículo roubado cuja posse já estava assegurada. Com esse entendimento, a Turma indeferiu *habeas-corpus* em que se pretendia a absorção do referido crime pelo delito de roubo qualificado sob o fundamento de que a vítima teria sido privada de sua liberdade por apenas 12 minutos" (*HC* n. 76.490-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª T., j. 31-3-98, *Informativo STF*, 105).

Art. 159 do CPP

319. Art. 159 do CPP — prova pericial — *v.*

Art. 26 do CP (laudo mal fundamentado), p. 76.

Art. 158 do CPP, p. 232.

Prova, p. 717.

320. Art. 159 do CPP — um só perito

É irregular o laudo pericial subscrito apenas por um perito (CPP, art. 159, *caput*); contudo, não será caso de nulidade se a irregularidade não foi argüida tempestivamente. Além disso, a Súm. n. 361 – STF ("no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionando anteriormente na diligência de apreensão") diz respeito apenas à hipótese de peritos leigos (*RT*, *562*:428-STF; *RTJ*, *88*:444, *51*:371), não à de laudo subscrito ao menos por um perito oficial. Ademais, a jurisprudência entende deva ser admitido o laudo pericial quando venha corroborado pela prova testemunhal (*RTJ*, *65*:816).

321. Art. 159 do CPP — estelionato — dispensa da perícia — *v.*

Art. 171 do CP (perícia), p. 250.

Art. 160 do CTB

322. Art. 160 do CTB — Cód. de Trânsito Brasileiro — *v.*

Lei n. 9.503/97, p. 627.

323. Art. 160 do CTB — comunicação da sentença condenatória para fins administrativos

O art. 160 do atual Cód. de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), na índole do que já dispunha o art. 77 do estatuto anterior, dispõe que o condutor condenado por delito de trânsito seja submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pela autoridade administrativa, independentemente do reconhecimento da prescrição,

em face da pena concretizada na sentença. Conforme seu § 1º, em caso de acidente grave, o condutor nele envolvido poderá ser submetido aos exames exigidos nesse artigo, a juízo da autoridade executiva estadual de trânsito, assegurada ampla defesa ao condutor. Seu § 2º acrescenta que, no caso do parágrafo anterior, a autoridade executiva estadual de trânsito poderá apreender o documento de habilitação do condutor até a sua aprovação nos exames realizados.

Se o Juiz determina na sentença sejam feitas as comunicações necessárias para a aplicação do art. 160 do Cód. de Trânsito, a mera insurgência do réu contra esse único ponto da prestação jurisdicional não enseja a presença de interesse recursal a justificar o conhecimento de eventual apelo, pois em matéria de crimes decorrentes de acidente de trânsito, a aplicação dessa norma constitui mera rotina administrativa (*RJDTACrim*, *6*:64, rel. Gonzaga Franceschini).

Art. 163 do CP

324. Art. 163 do CP — crime de dano — *v.*

Art. 163, parágrafo único, I, do CP, p. 236.

Art. 163, parágrafo único, II, do CP, p. 236.

Art. 163, parágrafo único, III, do CP, p. 237.

Art. 163, parágrafo único, IV, do CP, p. 239.

Art. 167 do CP, p. 240.

Competência, p. 408.

Dano, p. 465.

325. Art. 163 do CP — crime de dano — elemento subjetivo — necessidade da intenção de causar prejuízo patrimonial — *v.* tb.

Dolo (dolo específico), p. 486.

"O crime de dano é punido a título de dolo, porquanto o dano culposo não ultrapassa a órbita do direito civil, sendo que tal dolo consiste na consciência e vontade de destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa, especificando-se pelo *animus nocendi*, ou seja, pela vontade de causar prejuízo patrimonial ao dono" (*RJDTACrim*, *17*:66).

326. Art. 163 do CP — crime de dano — elemento subjetivo — desnecessidade de dolo específico

Ora, "não é exigível o dolo específico para a configuração do delito de dano. Basta o genérico, isto é, a vontade e a consciência de destruir, inutilizar ou deteriorar o que é alheio" (*JTACrim*, *91*:351). Com efeito, "a caracterização do crime de dano dispensa o dolo específico, já que a noção de *prejudicar* já se encontra ínsita na própria idéia de ato capaz de causar destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia" (*RJDTACrim*, *10*:62).

O móvel último da ação do agente (se queria causar prejuízos à vítima, ou penas chamar a atenção, ou mostrar sua rebeldia ou revolta por qualquer motivo) não interfere, pois, com a presença do dolo genérico, que é o elemento subjetivo do crime de dano (Damásio, *Código Penal anotado*, art. 163; *JTACrim*, *86*:158, *78*:257; *RT*, *609*:351, *546*:376).

Art. 163, parágrafo único, I, do CP

327. Art. 163, parágrafo único, I, do CP — dano qualificado — *v.*

Art. 163 do CP, p. 235.

Art. 163, parágrafo único, II, do CP

328. Art. 163, parágrafo único, II, do CP — dano qualificado — *v.* tb.

Art. 163 do CP, p. 235.

329. Art. 163, parágrafo único, II, do CP — dano qualificado — emprego de fogo

No crime de dano, o emprego do fogo, por si mesmo, não qualifica o crime. Se a lei quisesse isso, ter-se-ia referido a *emprego de fogo* (como fez no art. 61, II, *d*, do Cód. Penal), e não a *emprego de substância inflamável ou explosiva*, como o fez (art. 163, parágrafo único, II, do Cód. Penal). Esse é o ensinamento de Nélson Hungria (*Comentários)*, seguido pelos julgados (*Jurisprudência Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo*, Franceschini e Pimentel, ementa n. 398). Como exemplo de emprego de substância inflamável, poderia ser lembrado o uso de gasolina ou álcool para a prática do dano qualificado.

Art. 163, parágrafo único, III, do CP

330. Art. 163, parágrafo único, III, do CP — dano qualificado — *v.*

Art. 163 do CP, p. 235.

331. Art. 163, parágrafo único, III, do CP — dano — fuga de preso — *v.* tb.

Art. 163 do CP, p. 235.

Art. 351 do CP, p. 338.

É conhecida a divergência jurisprudencial sobre se constitui crime de dano a destruição de grades ou das paredes da cela, por parte do preso que procura fugir.

O entendimento negativo é compreensível. Muitas vezes encerrado pelo Estado para cumprir longas penas, é natural que o preso queira e até tente fugir. E a própria fuga, sem violência contra pessoa, em si mesma é atípica, sob o aspecto penal (cf. art. 352 do CP), constituindo apenas infração administrativa (art. 50, II, da LEP). Assim, não raro se encontra benevolência nos julgados que afirmam inexistir o crime de dano, quando o réu apenas danifica o patrimônio público com o só objetivo da fuga.

Entretanto, devemos distinguir. A fuga sem violência a pessoa, em si mesma, é penalmente atípica. Assim, se o preso foge, valendo-se de um momento de distração do soldado que o prendeu em flagrante, ou do carcereiro que descuidadamente deixou a porta da cela aberta, — em nada sua fuga constituirá infração penal. Coisa diversa, porém, é estender um manto de impunidade sobre todos os fatos que possa praticar *para fugir* ou *durante a fuga*, ainda que sejam materialmente necessários para atingir sua meta. Assim, deve ser punido quando fere o carcereiro para desacordá-lo e não ser dado o alarme (CP, art. 352), ou quando furta uma arma para valer-se dela na fuga, ainda que efetivamente não chegue a usá-la (CP, art. 155), ou quando dirige por vias públicas sem habilitação durante a fuga (LCP, art. 32). Assim também o preso comete nova infração penal quando, com intuito de fugir, serra as grades ou cava as paredes ou o piso da cela, assim danificando o patrimônio público (CP, art. 163, parágrafo único, III).

Em se tratando de uma cela adequadamente fechada, para fugir, o preso necessariamente terá de danificá-la, se não dispuser de chave falsa. Não se trata, porém, de um *direito* que tenha de fugir, pois só teria o direito de fugir se o Estado não tivesse o direito de custodiá-lo (cf., a propósito, os arts. 44, parágrafo único, e 50, II, da LEP). Tem, sim, o natural interesse, humano, compreensível, irreprimível muitas vezes, de tentar a liberdade; não o direito.

E no exercício desse natural interesse, não está o preso autorizado a danificar a propriedade pública para fugir. Sequer é necessário, para reprovar penalmente seu ato, que o agente tenha o dano como um fim em si mesmo.

E isso porque, se a janela de minha casa dá para a rua, e defronte a ela há um telefone público (*orelhão*), se de forma voluntária e consciente eu o destruo, ainda que apenas para ampliar o alcance de minha vista, estou praticando crime de dano, tanto quanto estaria se o destruísse pelo só e duvidoso prazer de destruir, em si mesmo. Aliás, isto rarissimamente

aconteceria, pois, mesmo quando alguém destrói algo por vingança ou por qualquer outro motivo egoístico ou reprovável, o escopo dificilmente seria o dano em si mesmo, e sim a própria vingança ou a sensação do agente de estar a atingir algum outro duvidoso proveito.

Assim, o ato de danificar dolosamente algo só não constituiria crime de dano, se o fim visado pelo agente, além de não ser o dano em si mesmo, integrasse o elemento subjetivo de um outro crime (nas hipóteses de crime complexo ou de crime progressivo).

Precisa é a lição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO a esse respeito: "A nosso ver, esse dissídio jurisprudencial resulta de um equívoco. O resultado de dano é, neste crime, inseparável do evento. Se há vontade e consciência de destruir, inutilizar ou deteriorar, há, evidentemente, vontade de causar dano, e, pois, de prejudicar. O que pode ocorrer é o concurso de outros fins que, se não mudam o título do crime, são irrelevantes" (*Lições de direito penal*, II/27, ed. Bushatsky, 1980).

O móvel de fuga do preso não interfere, pois, com a presença do dolo genérico, que é o elemento subjetivo do crime de dano (DAMÁSIO, *Código Penal anotado*, art. 163; *JTACrim*, *86*:158, *78*:257; *RT*, *609*:351, *546*:376).

332. Art. 163, parágrafo único, III, do CP — dano ao patrimônio público — ressarcimento — *v.* tb.

Art. 163 do CP, p. 235.

Examinando a questão do ressarcimento do prejuízo, anteriormente à denúncia, a jurisprudência tem admitido, com ressalvas, a ocorrência da causa especial de redução da pena, prevista no art. 16 do Cód. Penal, e não a extinção da punibilidade, conquanto tenha sido o dano de pequena monta: "o próprio teor do exceptivo precedente da Suprema Corte (*RTJ*, *110*:157, e *RT*, *555*:445), fornece indicador de que aquela benigna solução é cabível com vistas a servir de *estímulo ao encerra-*

mento de controvérsias, daí entender-se inaplicável em hipótese de dano ao patrimônio público" (Ap. n. 1.047.279-4 – Porto Feliz, 9ª Câm. TACrim, j. 25-6-97, rel. Aroldo Viotti).

Art. 163, parágrafo único, IV, do CP

333. Art. 163, parágrafo único, IV, do CP — dano qualificado — *v.*

Art. 163 do CP, p. 235.

Art. 167 do CP

334. Art. 167 do CP — dano — ação penal no crime de dano — *v.* tb.

Art. 163 do CP, p. 235.

O art. 167 do Cód. Penal dispõe que, em três hipóteses, o crime de dano é de *ação privada*: *a)* nos danos simples (CP, art. 163, *caput*); *b)* nos danos qualificados por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (CP, art. 163, parágrafo único, IV); *c)* na introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (CP, art. 164).

Desde o advento da Lei n. 9.099/95, reputamos tenha passado a exigir atenção mais especial a hipótese de dano qualificado *com violência à pessoa ou grave ameaça* (art. 163, parágrafo único, I, do CP). E isso porque essa forma de dano qualificado tem seu tipo integrado por duas ou até três outras figuras delituosas: de um lado, basicamente, o próprio dano; de outro lado, uma, ou as duas, destas outras condições elementares: *a)* a violência à pessoa; *b)* a grave ameaça.

Ocorre que a violência à pessoa, se não provocar mais que lesões leves, passou hoje a ser considerada apenas crime de ação pública condicionada (art. 88 da Lei n. 9.099/95), assim como já o era, isoladamente, o crime de ameaça (art. 147, parágrafo único, do CP). Por sua vez, o próprio dano simples (cuja ação tam-

bém integra o delito complexo do art. 163, parágrafo único, I, do Cód. Penal) já era delito de ação privada (art. 167 do CP).

Assim, a partir da vigência da Lei n. 9.099/95, verifica-se que nenhum dos delitos que integram o crime complexo do art. 163, parágrafo único, I, do Cód. Penal (dano qualificado por violência ou grave ameaça a pessoa), é de ação pública incondicionada: nem o dano simples, nem a violência da qual resultem lesões leves, nem a ameaça.

Ora, o art. 101 do Cód. Penal dispõe que caberá ação pública no crime complexo sempre que em relação a qualquer dos crimes que o integram se possa proceder por iniciativa do Ministério Público.

Assim, se da violência de que cuida o art. 163, parágrafo único, I, do Cód. Penal, resultaram apenas lesões leves, ou se houve apenas grave ameaça para a prática do dano, o crime complexo será integrado por infrações penais que, por si sós, não são de livre iniciativa do Ministério Público; apenas dois deles são de ação pública condicionada à representação do ofendido.

A nosso ver, portanto, no tocante ao crime do art. 163, parágrafo único, I, do Cód. Penal, se só houve grave ameaça, ou se da violência só resultaram lesões leves, o Ministério Público só poderá oferecer denúncia se ao menos por um dos delitos elementares tiver havido representação do ofendido.

Art. 167 do CPP

335. Art. 167 do CPP — prova pericial impossível — *v.*

Art. 158 do CPP, p. 232 e s.

336. Art. 167 do CPP — necessidade de exame de corpo de delito — arrombamento

É pacífica a jurisprudência no sentido da necessidade do exame pericial para confirmar o arrombamento. Poderia, porém,

ser indireto o exame pericial, tendo sido realizado em época em que não havia mais vestígios do arrombamento?

Certo é que o exame de corpo de delito direto é indispensável nas infrações que deixem vestígio (art. 158 do CPP), mas, se os vestígios desapareceram por completo, a prova testemunhal poderá suprir sua falta (art. 167 do CPP). Nossas Cortes têm reconhecido que, desde que desaparecidos os vestígios materiais, a prova testemunhal pode suprir o auto de exame de corpo de delito direto (RECrim 85.089, *DJU*, 19-11-76, p. 10.033, STF; *RHC* n. 52.809, *DJU*, 17-10-74, p. 7.670; *RT*, *528*:311-TJSP); no mesmo sentido foi a lição de FRAGOSO, que apontou, para tanto, a necessidade de que a prova testemunhal seja uniforme e categórica (*Jurisprudência criminal*, São Paulo, 1979, v. II, n. 221, p. 494-5).

337. Art. 167 do CPP — exame de corpo de delito — desnecessidade

"O art. 167 do Cód. de Processo Penal, embora só aluda ao suprimento da falta de exame de corpo de delito pela prova testemunhal, admite aplicação analógica, por identidade de razão, na hipótese de confissão do réu, no tocante a ele ou a coréus, especialmente quando foragidos. Esse entendimento se impõe em face dos princípios que o nosso processo penal consagra: o da verdade real, o do livre convencimento do Juiz e da inexistência de hierarquia legal probatória" (*RTJ*, *84*:423).

Art. 168 do CP

338. Art. 168 do CP — apropriação indébita — *v.*

Apropriação indébita versus *estelionato*, p. 56.

Apropriação indébita versus *furto*, p. 55.

Art. 168, § 1º, III, do CP, p. 243.

Art. 169 do CP, p. 245.

339. Art. 168 do CP — apropriação indébita — prestação de contas

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos crimes de apropriação indébita, não é necessária a prévia prestação de contas para apurar-se a realidade do crime, quando por outros meios se prova a existência do delito (*JTACrim*, *93*:393; *RHC* n. 32.152, *DJU*, 17-1-55, 47.334, *DJU*, 29-12-69, 50.864, *DJU*, 29-6-73, 52.221, *DJU*, 16-8-74, 53.137, *DJU*, 26-9-75, 58.694, *DJU*, 13-3-81).

340. Art. 168 do CP — apropriação indébita — competência — *v.* tb.

Competência, p. 407 e s.

Diverge a jurisprudência sobre o foro competente para os delitos de apropriação indébita. A regra geral, segundo bem a colocou NÉLSON HUNGRIA, é a do local onde o réu inverte o *animus* da posse, ou seja, o *local da apropriação* (*Comentários ao Código Penal*, VII/142; nesse sentido, *JTACrim*, *59*:141; *RT, 530*:367, *525*:384). Entretanto, tratando-se de viajantes comerciais, a dificuldade de determinar o local da apropriação levou a jurisprudência a admitir a competência do foro onde o agente deveria prestar contas à vítima (*JTACrim*, *91*:400, *59*:141). Depois, a regra de que a competência é o local onde ocorre a recusa de restituir a quantia recebida passou a ser ampliada para outras hipóteses (*RJTJSP*, *64*:381; *RT, 540*:302, *475*:354, *439*:428), ou seja, o domicílio da vítima (*RT*, *457*:369).

Entretanto, tratando-se de mera competência de foro, ou territorial, é questão de competência relativa.

Art. 168, § 1º, III, do CP

341. Art. 168, § 1º, III, do CP — apropriação indébita qualificada — *v.* tb.

Art. 155, § 4º, II, p. 193.

Art. 168 do CP, p. 242.

A lei torna qualificado o crime quando o agente se apropria indevidamente de coisa que lhe veio às mãos *em razão de ofício, emprego ou profissão* (CP, art. 168, § 1º, III).

O que se discute é se, por detrás dessa exigência, estaria a necessidade de uma quebra de especial confiança que no agente foi depositada, como ocorre no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, II).

Na apropriação indébita qualificada, a lei exige que o agente tenha recebido a coisa *por causa* da relação de trabalho; no furto qualificado é que a lei menciona expressamente o *abuso de confiança*. Buscando a *mens legis*, vemos, porém, que mesmo na forma qualificada de apropriação indébita, também é necessário um mínimo de quebra de confiança pois a lei reprova mais intensamente o comportamento daquele que obtém a coisa favorecido pela relação de *ofício, emprego ou profissão* — ou seja, aqui também está ínsita a necessidade da quebra de uma relação de confiança (HUNGRIA, *Comentários*, art. 169; MIRABETE, *Manual de direito penal*, Atlas, 6ª ed., v. II, n. 14.1.11), "especialmente quanto ao emprego" (CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 168). Nesse sentido, inclinaram-se os julgados publicados em *RT*, *642*:334 e *515*:390.

No caso da relação de emprego, a nosso ver não é qualquer contrato de trabalho que gera laços de confiança: assim, qualquer empregado subalterno de uma loja, admitido na véspera, vende e recebe dinheiro nas pequenas operações mercantis, como um balconista; contudo, deve-se exigir mais que isso para qualificadora do art. 168, § 1º, III, do Cód. Penal: é preciso que o agente seja alguém que goze da confiança da vítima, de forma que a lei penal deva reprovar mais intensamente seu comportamento desleal. Sob essa ótica, poderiam em tese responder pela forma qualificada o contador, o gerente, o guarda-livros, o tesoureiro ou outros funcionários já acreditados, que detenham facilidades especiais no zelo ou na guarda de valores patrimoniais da vítima.

Se, por exemplo, numa empresa, o agente goza da confiança dos empregadores, a ponto de há tempo razoável ser o encarregado do fechamento geral do expediente, bem como do recebimento e guarda de dinheiro decorrente dos pagamentos efetuados, poderá estar presente a qualificadora.

Art. 169 do CP

342. Art. 169 do CP — apropriação de coisa achada — *v.* tb.

Apropriação indébita e furto, p. 55 e s.

Art. 168 do CP, p. 242.

Art. 312 do CP, p. 315.

Referindo-se ao art. 169 do Cód. Penal, bem assinalou NÉLSON HUNGRIA que, “para que se apresente o crime em questão [apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza], e não o furto, é preciso que o agente tenha razão (fundada no *id quod plerumque accidit*) que o *certifique* de que a coisa está *perdida*” (*Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 154, n. 71, ed. Forense, 1967).

343. Art. 169 do CP — reparação do dano

Como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, a reparação do dano não elimina a figura penal da apropriação indébita (*JTACrim*, *71*:443), mas só serve para redução da pena (*RT*, *598*:442, *524*:493; *RTJ*, *62*:33, *61*:37, *59*:84).

Art. 171 do CP

344. Art. 171 do CP — estelionato — *v.*

Apropriação indébita, p. 56.

Art. 120 do CP, p. 165.

Art. 159 do CPP (dispensa da perícia), p. 234.

Art. 171 do CP (Súm. n. 554 – STF), p. 248.

Economia popular, p. 437.

Locação (e estelionato), p. 644.

Pedido de restituição, p. 672.

Princípio da consunção (*falsum*), p. 704.

345. Art. 171 do CP — estelionato — fraude civil e fraude penal

Com toda a razão a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a presença de estelionato quando, valendo-nos de expressão consagrada de HUNGRIA, o agente tem "a idéia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico" (*Fraude penal*, p. 44, ed. 1934). No mesmo sentido é o ensinamento de NORONHA (*Direito penal*, II/362, n. 586, ed. Saraiva, 1986), bem como o escólio da jurisprudência (*RJDTACrim*, *10*:67; *RT*, *583*:378; *JTACrim 18*:113; *RJTJSP*, *7*:495).

Assim, por exemplo, admite-se a figura do estelionato se o réu tem simplesmente o fito de se locupletar com bens alheios, e nesse intuito simula pretender um negócio civil lícito, que não tem em mente adimplir, mas que é simplesmente meio, como qualquer outro, de ilaquear a boa-fé alheia (*JTACrim*, *89*:226). Ou, ainda, já se assentou que, "se réu tem simplesmente o fito de lançar mão de bens alheios para com eles se locupletar, e nesse escopo simula pretender comprá-los a prazo, a fraude penal se localiza precisamente no engendrar de um contrato que se não tem em mente adimplir, mas que é simplesmente meio, como qualquer outro, de ilaqueação da boa-fé alheia" (*JTACrim*, *89*:226).

346. Art. 171 do CP — estelionato — diferença de crime falimentar

Quid juris da situação do agente que, na qualidade de comerciante, adquire mercadorias a prazo e não paga?

A nosso ver, não haverá crime falimentar e sim estelionato se: *a)* os fatos ocorrerem muito antes do termo legal de quebra (cf. art. 14, parágrafo único, III, da Lei de Falências); *b)* o golpe não for dirigido contra credores da empresa, mas sim foi decorrente de dolo preordenado, que anteceda as próprias compras.

347. Art. 171 do CP — art. 51 da LCP — estelionato *versus* loteria não autorizada

O crime de estelionato consiste em obter, para si ou para outrem, vantagem patrimonial ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante processo fraudulento (CP, art. 171); loteria não autorizada é a contravenção penal mediante a qual o agente promove ou faz extrair loteria, sem autorização legal (LCP, art. 51).

Tendo presente esses conceitos, suponhamos que o agente promova a rifa de um carro; não um carro qualquer, mas um carro que sequer exista: a história do carro é mero engodo para levantar dinheiro das vítimas. Mais do que promover uma mera loteria não autorizada, o réu está cometendo a figura fundamental do estelionato. Têm toda a razão a doutrina e a jurisprudência ao reconhecer a presença de estelionato quando o agente tem "a idéia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico" (HUNGRIA, *Fraude penal*, p. 44, ed. 1934).

348. Art. 171 do CP — art. 47 da LCP — estelionato *versus* exercício ilegal de profissão

Há anos, atuamos em interessante caso forense. A denúncia atribuía ao réu ter obtido proveito ilícito em prejuízo da vítima, mediante expediente fraudulento; ou seja, intitulando-se advogado, o que não era, o réu conseguira receber dinheiro da vítima em pagamento dos supostos honorários advocatícios.

Os fatos restaram bem provados e a Ordem dos Advogados do Brasil confirmou que o réu não estava inscrito como advogado em seus quadros.

A sentença argumentou, com surpreendente raciocínio, que o réu não teria tido o propósito *ab initio* de lesar patrimonialmente a vítima, pois que recebera a procuração e dera ingresso à ação judicial...

Ocorre que, se o réu não estava habilitado legalmente a exercer a profissão de advogado, e, se recebeu dinheiro da vítima para requerer providências judiciais privativas de advogado, é lógico que estava imbuído do propósito *ab initio* de, mediante fraude, receber dinheiro, em prejuízo da vítima, já que não estava em condições de assegurar a ela a prestação do serviço prometido. Tanto assim que, como não era difícil de esperar, descoberta a fraude, a vítima ficou sem o dinheiro e sem os serviços, tendo de contratar — e pagar — um advogado para sua defesa.

Não se trata de mera contravenção penal do art. 47 da Lei de Contravenções Penais, que ocorreria se o réu apenas se tivesse feito passar por advogado em cartões de visita ou em procuração recebida (*JTACrim*, *87*:222); mas se ele fez mais que isso, recebendo dinheiro a título do falso exercício de uma profissão a que não estava habilitada, isso a nosso ver configura estelionato (*JTACrim*, *88*:368; *RT*, *573*:398; *RJDTACrim*, *13*:75).

349. Art. 171 do CP — estelionato — diferença de crime contra a economia popular — *v.*

Economia popular, p. 437.

350. Art. 171 do CP — estelionato — fraude no pagamento por cheque — pagamento antes da denúncia — Súm. n. 554 – STF — *v.* tb.

Cheque sem fundos, p. 403.

Diz a Súm. n. 554 – STF que o pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

Sob o aspecto científico, o pagamento do cheque antes do recebimento da denúncia não elide a justa causa para a ação penal, nem mesmo se considerarmos, com CELSO DELMANTO, que o crime do art. 171, § 2º, VI, do Cód. Penal, é formal, e para sua ocorrência supõe-se o prejuízo da vítima. A razão consiste em que, mesmo como crime formal, terá estado consumado quando da recusa de pagamento à vítima pelo banco sacado; o pagamento do cheque, meses ou anos depois da recusa pelo sacado, mas antes do recebimento da denúncia, elide o prejuízo, mas não a consumação, que já terá ocorrido há muito.

Foram apenas razões de ordem prática, e não jurídicas, que levaram à edição da aludida súmula, insustentável sob o aspecto doutrinário.

351. Art. 171 do CP — estelionato — fraude no pagamento por cheque — quando não seria crime

Se o agente tinha uma dívida civil para com a vítima, e, ao ser cobrado depois do vencimento, lhe dá em pagamento um cheque sem fundo, terá havido estelionato ou não?

É possível sustentar a inexistência do estelionato, porque, no caso, ao dar o cheque, ainda que sem fundos, em pagamento da dívida, o agente não estaria a enganar a vítima para obter proveito patrimonial ilícito mediante fraude, pois o proveito já estava obtido, e sim antes estaria até mesmo melhorando a situação jurídica da vítima, ao entregar-lhe agora um título executório, que antes ela não tinha (nesse sentido os acórdãos, por maioria, publicados em *JTACrim*, *47*:124, e *RT, 600*:368). Mas, se ao dar o cheque, o réu estava ainda obtendo algum proveito patrimonial, então haverá o estelionato.

352. Art. 171 do CP — estelionato — emissão de cheque para pagar compra de bilhete de *bingo* — *v.* tb.

Jogo do bingo, p. 543.

Se o agente emite cheque sem fundos para pagar uma aquisição ilícita: estará cometendo estelionato ou ato atípico?

Se, mesmo efetuando uma aquisição ilícita, tiver o réu obtido proveito patrimonial em detrimento alheio, e se o cheque sem fundos foi o processo fraudulento usado para obter o proveito patrimonial, estará presente o estelionato. Assim, por exemplo, se o agente paga com cheque uma aposta de bingo ou de loteria ilegal.

353. Art. 171 do CP — desnecessidade de perícia — *v.* tb.

Art. 158 do CPP, p. 233.

Art. 159 do CPP, p. 234.

Como o núcleo do tipo do estelionato supõe o emprego de meio ardiloso, a prova do fato típico pode ser feita por qualquer meio, e não necessariamente por via pericial, ainda que utilizada falsificação material (*RT*, *538*:413, *537*:310, *388*:201; *JTACrim*, *62*:171, *50*:395).

"A doutrina e a melhor jurisprudência só têm exigido exame de corpo de delito nas infrações que por sua natureza deixem vestígios (*delicta facti permanenti*), o que não ocorre com o estelionato. Os documentos utilizados para a fraude não constituem vestígios do crime de estelionato, mas instrumentos de sua prática, ingredientes da *mise-en-scène*" (*JTACrim*, *80*:406).

Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar uma imputação de estelionato, "no caso, o que não foi submetido a exame foi o instrumento utilizado para iludir a boa-fé da vítima. E a falta de exame de instrumento do crime não é causa de nulidade do processo" (*RTJ*, *106*:984).

354. Art. 171 do CP — engano da vítima — falsificação grosseira

Poder-se-ia objetar que a adulteração era grosseira. Contudo, como bem aponta a jurisprudência, "a lei protege o ho-

mem inteligente que foi imprudente, da mesma forma que protege os ingênuos e os ignorantes" (*JTACrim*, *80*:406-8).

Art. 171, § 1º, do CP

355. Art. 171, § 1º, do CP — estelionato privilegiado — *v.*

Art. 155, § 2º, do CP, p. 190.

Art. 172 do CP

356. Art. 172 do CP — duplicata simulada — perícia — *v.* tb.

Art. 158 do CPP, p. 233.

Art. 159 do CPP, p. 234.

A prova da materialidade do crime de duplicata simulada prescinde o exame pericial, como é farta a jurisprudência nesse sentido: "o exame de corpo de delito cabe, em regra, nas infrações que deixam vestígios, por sua própria natureza, o que não ocorre na hipótese de duplicata simulada, que é, na essência, um tipo de estelionato, sabendo o emitente que lança no mercado como que *moeda falsa*, em prejuízo de vítimas indeterminadas" (*RT*, *476*:385-TACrim). Assim, "não se tratando de crime de falsidade do documento utilizado na fraude, que deixa vestígios por sua própria natureza (*delicta facti permanenti*), o exame de corpo de delito é dispensável ao reconhecimento do tipo" (*JTACrim*, *34*:449; *81*:535).

Não é, pois, de rigor que se proceda a perícia de uma duplicata nem de livros e documentos — prova essa muitas vezes impossível em situações tais, até porque em empresas que se prestam a esse tipo de operações ilícitas, muitas vezes esses livros e documentos são inexistentes. A duplicata constituirá apenas prova documental do delito, e não o corpo de delito em si mesmo. O Direito Penal e o Processual Penal admitem a

análise *ictu oculi* de determinados documentos pelo Magistrado. Em certos casos, *v.g.*, o falso, o Magistrado pode e até mesmo deve julgar com base na apreciação que faz, a olho desarmado, da prova e do corpo de delito, sem que, por isso, haja irregularidade qualquer (nesse sentido, cf. *RJDTACrim*, *5*:251, rel. Marrey Neto).

357. Art. 172 do CP — multa — critério de fixação

Como se aplicam as penas de multa para o crime de duplicata simulada (CP, art. 172): seria o sistema de dias-multa, ou o de multa percentual, calculada sobre o valor da duplicata?

Na sua redação anterior à Lei n. 8.137/90, o art. 172 do Cód. Penal previa para o crime de emissão de duplicata simulada a pena de 1 a 5 anos de detenção, *e multa equivalente a 20% sobre o valor da duplicata*.

Ocorre, porém, que, com o advento da Lei n. 8.137/90, esse crime passou a ser punido com pena de detenção de 2 a 4 anos, e multa, *simpliciter*, ou seja, passou a pena pecuniária a seguir os padrões das multas em geral do sistema penal, que é o de dias-multa (CP, arts. 49 e s.).

Art. 175 do CP

358. Art. 175 do CP — fraude no comércio

O crime de fraude no comércio supõe, na sua modalidade fundamental (CP, art. 175, *caput*), que o agente, no exercício de atividade comercial, engane o adquirente ou consumidor, vendendo-lhe, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada, ou entregando uma mercadoria por outra.

Assim, por exemplo, suponhamos que o agente venda tapetes nacionais industrializados, fazendo-os passar como se fossem tapetes persas feitos à mão. Estaria presente a infração ao art. 175, I, do Cód. Penal (venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada ou deteriorada)?

De mercadoria deteriorada não se cogitaria na hipótese. Vejamos se o caso seria de *mercadoria falsificada*. Falsificada seria se o réu tivesse vendido um tapete de qualquer origem, feito, adulterado ou modificado para parecer tapete persa autêntico. Nem se pode dizer que seja ato de falsificação o fato de ter o agente tirado apenas a etiqueta que identificaria o produto brasileiro: a mera sonegação de informação de proveniência não seria falsificação (*imitatio vel immutatio veri*). O tapete vendido não seria falso e sim verdadeiro: sobre ele o agente não teria aplicado artifícios, a não ser a só retirada da etiqueta, o que não transmudaria sua essência. Apenas teria vendido tapete brasileiro feito à máquina, *como se fosse tapete persa feito à mão*.

A nosso ver, o comportamento configuraria o crime do inc. II do art. 175, e não do inc. I: *entrega de uma mercadoria por outra*. Ou seja, o agente teria vendido e entregue um tapete brasileiro, feito à máquina, como se fosse um tapete persa, feito à mão. Nesse sentido, DELMANTO aponta que uma das formas de ocorrência do crime do art. 175, II, do Cód. Penal (entrega de uma mercadoria por outra), pode consistir justamente em *enganar* a vítima sobre a procedência ou origem da *res* (*Código Penal comentado*, notas ao art. 175, ed. Freitas Bastos, 1986). *V.*, tb., MIRABETE, *Processo Penal*, p. 430, ed. Atlas, 1998.

359. Art. 175 do CP — fraude no comércio — sujeito ativo

O tipo penal do art. 175 do Cód. Penal — fraude no comércio — supõe que o crime seja cometido pelo agente no *exercício da atividade comercial*.

NORONHA entendeu não se tratar de crime próprio, não se exigindo seja comerciante o sujeito ativo, podendo praticar a infração não só o comerciante estabelecido, matriculado etc., como qualquer pessoa que pratique a ação, no exercício de atividade comercial[30]. Entretanto, excepcionado seu sempre res-

30. *Direito penal*, II, n. 645, ed. Saraiva, 1986.

peitável entendimento, a doutrina em geral tem entendido necessário que o agente do crime seja comerciante ou comerciário.

Será também esse o caso se o agente for vendedor, ainda que autônomo, ou comerciante autônomo, ainda que irregular, desde que se enquadre na prática da *mercancia* — com a habitualidade que a atividade exige.

Art. 178 do CPI

360. Art. 178 do CPI (Código da Propriedade Industrial) — concorrência desleal — desvio de clientela — *v.*

Art. 525 do CPP, p. 359.

Art. 180 do CP

361. Art. 180 do CP — receptação — *v.* tb.

Art. 180, § 4º, do CP, p. 256.

Art. 180 versus *349 do CP*, p. 256.

Art. 349 do CP, p. 338.

Indícios e presunções, p. 531.

No crime de receptação, tanto na modalidade culposa quanto dolosa, avulta o exame dos indícios, já que de regra a transação que dá causa à infração é cometida informalmente, já com o propósito de frustrar sua eventual apuração penal.

Assim, já decidiu a jurisprudência que, "na hipótese dos autos, o fato inconteste da venda do automóvel mediante documentos de outro evidencia que o réu sabia de sua origem ilícita e praticou receptação ao adquiri-lo, não importa como o tenha feito. Trata-se de presunção, sim, mas *juris tantum*, isto é, que pode ser desfeita por prova em contrário, ou, quando menos, explicação razoável. Não com uma estória inverossímil e até mesmo irônica, mostrando como os meliantes zombam de uma Justiça ingênua e formalista" (*RJDTACrim*, *5*:168).

Ou seja, "a prova do conhecimento da origem delituosa da coisa, no crime de receptação, pode extrair-se da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração" (*JTACrim*, *96*:240).

362. Art. 180 do CP — configuração de culpa e não dolo

Segundo a redação que ao art. 180 do Cód. Penal e a seus parágrafos deu a Lei n. 9.426/96, o crime de receptação admite, basicamente, as seguintes condutas: *a)* adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que o agente *saiba* ser produto de crime, ou influir para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte (CP, art. 180 *caput*); *b)* adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar coisa que o agente *deva saber* ser produto de crime (CP, art. 180, § 1º); *c)* adquirir ou receber o agente coisa que, por sua natureza, pela desproporção entre o valor e o preço ou pela condição de quem a oferece, *deva presumir-se* obtida por meio criminoso (CP, art. 180, § 3º — receptação culposa).

A primeira hipótese configura a receptação dolosa em sua forma fundamental, com o dolo direto (o agente *sabe* ser a coisa produto de crime); a segunda é a infração cometida com dolo eventual (o agente *deve saber* ser a coisa produto de crime); a terceira é a infração culposa (pela natureza da *res*, pela desproporção entre valor e preço ou pela condição de quem a oferece, *deve presumir-se* obtida por meio criminoso).

Assim, somente se pode afirmar a presença da receptação dolosa se ficar provado que o agente *tinha conhecimento efetivo da origem criminosa da coisa*, pois, em se tratando dessa modalidade de crime, a própria dúvida, ou até mesmo o dolo eventual, não seriam suficientes para a configuração da modalidade do *caput* do art. 180 do Cód. Penal, exigindo-se tenha o réu *certeza* da origem criminosa da *res*, ou seja, dolo direto e não eventual (nesse sentido, cf. DAMÁSIO e DELMANTO, nos respectivos comentá-

rios ao art. 180 do Cód. Penal; *JTACrim*, *74*:304; *51*:207, *60*:309; *RT*, *634*:363).

Assim, não se podendo afirmar com certeza que o réu tinha *conhecimento efetivo* da origem criminosa da *res*, a receptação somente poderia ser punida a título de dolo eventual ou de culpa (art. 180, §§ 1º e 3º, do Cód. Penal). Assim, se o agente teve dúvidas sobre a procedência da *res*, admitiu que pudesse ter origem criminosa, mas resolveu comprar (*dê no que der, aconteça o que acontecer, vou comprar* — fórmula de FRANK), teremos o dolo eventual; mas se o agente não percebeu, nem suspeitou estar adquirindo coisa de origem criminosa, mas, pelas circunstâncias do negócio, *deveria ter presumido essa origem*, teremos a forma culposa.

Art. 180, § 4º, do CP

363. Art. 180, § 4º, do CP — configuração da receptação — recebimento da res de inimputável

A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa (CP, art. 180, § 4º), de forma que configura o crime receber coisa furtada por menor inimputável (*RT*, *628*:362; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 180; JÚLIO MIRABETE, *Manual de direito penal*, 2/326, n. 16.1.5, Atlas, 1991).

Nesse sentido, dispõe o art. 103 da Lei n. 8.069/90 (ECA) que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal — o que vale dizer: *ato infracional é o crime ou a contravenção praticado por menor inimputável*.

Art. 180 do CP *versus* art. 349 do CP

364. Art. 180 do CP *versus* art. 349 do CP — receptação *versus* favorecimento real — *v.* tb.

Art. 180 do CP, p. 254.

Art. 180, § 4º, do CP, p. 256.

O crime de receptação dolosa exige que, com relação à coisa que sabe ser produto de crime, o agente a adquira, receba, transporte, conduza ou oculte *em proveito próprio ou alheio* (com o *animus lucrandi* do crime patrimonial). Neste último caso, quando a ação for praticada em *proveito alheio*, o benefício deve necessariamente reverter em prol de qualquer outra pessoa que não os próprios autores do crime de que se originou a coisa. Se quem a adquire, recebe ou oculta o faz sem o *animus lucrandi* do crime patrimonial e apenas *para favorecer o autor do crime originário*, não estará praticando receptação e sim favorecimento real, cuja objetividade jurídica lesada não é o patrimônio e sim o interesse da regular administração da Justiça (HUNGRIA, *Comentários ao Cód. Penal*, v. VII, p. 306). Nesse sentido, há diversos precedentes: *JTACrim*, *97*:322, *96*:198, *47*:345; *RT*, *573*:400, *533*:370, *503*:336, *405*:331.

Art. 185 do CPP

365. Art. 185 do CPP — interrogatório do réu — *v.* tb.

Art. 186 do CPP (silêncio), p. 264.

Art. 187 do CPP (contraditório), p. 266.

Art. 188, parágrafo único, do CPP (indicação de provas), p. 266.

Com relativa freqüência, acabam subindo aos tribunais, em virtude de recurso da acusação ou da defesa, autos de processo criminal em que o réu era revel e veio a ser preso, mas não chegou a ser interrogado. Nesses casos, como em quaisquer outros em que o réu seja preso no curso do processo, *enquanto não tiver transitado em julgado a sentença condenatória*, seu interrogatório será mais do que útil, a nosso ver inteiramente neces-

sário na instrução, nos termos do que dispõe o art. 185 do Cód. de Processo Penal[31].

366. Art. 185 do CPP — qual o papel que pode ter na prova o serôdio interrogatório do réu, posterior à sentença — *v.* tb.

Art. 185 do CPP, p. 257.

O interrogatório do réu, posterior à sentença ainda não transitada em julgado, vale como elemento de convicção a ser aferido no contexto instrutório, ainda que eventualmente possa prejudicar o réu e seja só este o apelante. O que o art. 617 do Cód. de Processo Penal veda é apenas a agravação da pena, mas o interrogatório, posterior à sentença, "poderá fornecer ao juiz elementos de convicção relativos à personalidade do delinqüente, às circunstâncias do crime etc., refletindo-se tais elementos nas razões de decidir, pró ou contra a apelação. Objeta-se que o art. 185 só é aplicável no curso do processo e, pois, antes da sentença condenatória. Mas se a sentença não passou em julgado e se os juízes de segunda instância vão conhecer do mérito, não se pode negar que o processo esteja ainda em curso nem se afirmou que o interrogatório se torna desnecessário. De resto, a lei prevê até a possibilidade de o Tribunal determinar se proceda a um segundo interrogatório (art. 616). Logo, não lhe poderia proibir a realização do primeiro" (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. III, n. 395, p. 23, ed. 1976; no mesmo sentido, *RT*, *477*:434-5).

367. Art. 185 do CPP — nulidade de interrogatório por precatória

Normalmente, é o juiz da causa que interroga o réu. Caberia, porém, o interrogatório por meio de precatória?

31. No sentido da utilidade de tal interrogatório, nessas condições, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 185, cit.

Esta solução tem sido admitida no processo penal, onde inexiste o princípio da identidade física do Juiz (*RT*, *652*:280, *600*:301; *RJTJSP*, *106*:439), mormente se não sobrevier prejuízo para o réu (*RTJ*, *116*:889-STF Pleno).

368. Art. 185 do CPP — interrogatório a distância, por meio de computador

Recentemente surgiu a idéia de instituir o interrogatório criminal do réu preso por computador, a distância. Em favor da medida, invocou-se uma série de razões, como economia, segurança e celeridade.

O sistema consiste em conectarem-se dois computadores *on line*, por meio de *modem*, normalmente ligados pela linha telefônica, e, enquanto numa ponta o Juiz escreve suas perguntas, na outra, um escrevente as recebe e lê em voz alta ao réu; a seguir, digita suas respostas, que são de imediato repassadas ao Juiz. E, mais recentemente, a transmissão de dados por meio dos computadores tem permitido não só a tradicional transferência da expressão escrita (*chat*), como até mesmo a transmissão de voz e imagens em movimento (*teleconferência*).

Com esse procedimento, antes de mais nada, está-se violando a lei, que exige que *o Juiz interrogue o réu* (CPP, art. 186), o que é muito diferente de o Juiz mandar perguntas para, a distância, um funcionário subalterno interrogar o réu.

Depois, ficará a critério do escrevente, nem sempre fiscalizado pelo Advogado ou pelo Promotor de Justiça (pois atualmente não é obrigatória a presença de ambos no interrogatório), fazer as perguntas *ipsis litteris* ao réu, ou modificá-las ou explicá-las a seu bel-prazer, ou editar as respostas do réu.

Enfim, o que é ainda mais grave, está-se a perder a dignidade humana do contato entre o Magistrado e o réu, pois esse contato passaria a ser substituído pela máquina, como bem verberou René Ariel Dotti (*O interrogatório à distância: um novo tipo*

de cerimônia degradante, *Doutrina*, 3º vol., p. 61, Instituto de Direito, 1997).

Enquanto o réu solto, se quiser, tem um contato pessoal com Juiz que o interroga, já o réu preso seria discriminado ao ser interrogado não pelo Juiz, mas pelo escrevente, com inadmissível delegação de funções como as de fiscalizar a não-interferência de advogado ou terceiros nas respostas do réu, o que seria talvez um problema de menor importância se o escrevente tivesse a mesma formação, investidura ou garantias do Juiz... E da parte do réu, não terá ele a garantia de estar falando diretamente com o próprio Juiz, ou seja, não raro não se sentirá seguro para seus reclamos ou possíveis denúncias contra policiais, contra funcionários, advogados ou comparsas.

Se esse procedimento de *interrogar* o réu a distância pudesse ser feito por computador, porque não o poderia por telefone, por telégrafo, por fac-símile (*fax*) ou pela televisão?! Custa crer que ainda ninguém tivesse sugerido esses outros modismos processuais penais, quando se sabe que, se o uso do computador se difundiu nas últimas duas décadas, telefone e televisão já são recursos que a tecnologia já pôs à disposição do homem há mais tempo...

Enfim, para dar a devida dignidade ao interrogatório do réu, basta cumprir a lei, ou seja, o Juiz interrogará o réu. Não o escrevente nem mais ninguém, ainda que lendo perguntas digitadas, telefonadas ou recomendadas pelo Juiz.

369. Art. 185 do CPP — a requisição do réu para interrogatório — citação — *v.* tb.

Art. 185 do CPP (citação no dia do interrogatório), p. 263.

A requisição do réu preso, para interrogatório, supre a falta de citação?

Entendem alguns que, a rigor, nesse caso o réu não terá sido regularmente citado: estando preso, sua mera requisição para interrogatório não supre as exigências da citação por man-

dado, pois que com a mera requisição e interrogatório não lhe são fornecidos os elementos necessários para exercitar a ampla defesa a que tem direito.

É verdade que o *Pacto de San José de Costa Rica* — convenção latino-americana sobre direitos humanos —, versando as garantias judiciais, no art. 8º, 2, *b*, supõe: "comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada". E, na alínea *c*: "concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa". Por outro lado, seu art. 2º registra o compromisso de os Estados Partes comprometerem-se a adotar, de acordo com as normas constitucionais, medidas legislativas ou de outra natureza para tornar efetivos os direitos e liberdades resguardados.

Entretanto, a uma, essa recomendação do mencionado pacto é dirigida ao Poder Legislativo; a duas, no caso, não se fez alteração alguma na legislação local presumivelmente porque a legislação local entende que a requisição tem o mesmo efeito que a citação, como tem sido decidido pelos nossos tribunais (REsp n. 65.037-2-SP, STJ, 6ª T., m.v., rel. min. Anselmo Santiago, j. 9-12-97).

E, com efeito, a citação é o ato pelo qual se chama o réu a juízo, para defender-se. Será feita em regra por mandado, mas em alguns casos há outros meios citatórios, igualmente válidos: se o réu não é encontrado ou se ele se oculta, a citação é feita por meio de edital; se é militar, faz-se mediante requisição a seu chefe, juntamente com a cientificação pessoal (art. 358 do CPP e doutrina respectiva); se está preso, é requisitado e interrogado (arts. 185 e 360-2 do CPP).

Mas, tanto na citação por mandado, por edital ou por meio de requisição do réu preso, é indispensável que se transmita ao réu a notícia cabal da imputação, com a descrição dos fatos que lhe estão sendo imputados e a menção às conseqüências jurídicas que se atribuem ao seu cometimento, para que possa exercitar a ampla defesa a que tem direito.

No caso de requisição do réu preso, para interrogatório, ao ser apresentado em juízo, e antes de ser interrogado, deve ser expressamente cientificado pelo próprio Magistrado da acusação que pesa contra ele, circunstância que deve constar do termo de interrogatório. Ademais, pelas perguntas e respostas consignadas no termo, bem será possível aferir se o fim de dar conhecimento ao réu da acusação foi ou não atingido. Por fim, se o réu já não tiver advogado, ou não o indicar no ato, deverá ser-lhe nomeado um, para o necessário exercício da defesa técnica.

Enfim, o objetivo da citação é dar conhecimento ao réu da acusação que lhe é movida, de molde a permitir-lhe exercitar a ampla defesa a que constitucionalmente tem direito. Com razão obtemperou MIRABETE: "é praticamente pacífico na jurisprudência que, se o réu estiver preso e for requisitado regularmente, dispensa-se a sua citação por mandado. Isto porque, na verdade, a nulidade está sanada por ter o interessado comparecido antes de consumar-se o ato, ou seu interrogatório, tomando ciência da acusação (art. 570, 1ª parte)" (*Processo Penal*, p. 430, ed. Atlas, 1998).

Não se pode reconhecer a ausência ou a irregularidade da citação se o comparecimento do réu a juízo se deu de forma a ficarem ele e seu advogado corretamente cientificados da acusação, com adequado exercício da defesa técnica, mormente se o réu ou seu defensor, no ato, ou imediatamente em momento subseqüente, não argüiram qualquer objeção a respeito (*RT*, *665*:369; cf. art. 570 do CPP). Com efeito, "a discussão em torno da necessidade da citação por mandado do réu preso, requisitado à direção do presídio, perde relevo se o denunciado compareceu ao interrogatório sem argüir nulidade de seu chamamento a Juízo" (*RT*, *665*:369).

Assim, se o réu foi chamado a juízo e ali foi interrogado, tendo tido conhecimento das acusações formuladas na denúncia, vindo a ser defendido adequadamente, não é de se anular o processo por falta de citação. A citação é indispensável, sob pena de nulidade, mas, nesse caso, eventual omissão terá sido suprida (*RTJ*, *129*:727).

Assim, estará inteiramente adimplido o fim da citação. Em termos *de lege lata*, estará cumprida a lei (art. 360 do CPP), como tem decidido a jurisprudência (*RTJ*, *88*:322-STF; *RT*, *742*:559, 641:317, 501:284; *490*:286; *TACrim*, *94*:133, *92*:108, *91*:373; *JSTJ*, *12*:203; *RJDTACrim*, *6*:170). De qualquer forma, se o réu ingressa no processo porque é interrogado e produz defesa, ficaria sanada qualquer nulidade da citação, como tem decidido o STF (*RHC* n. 52.266-GO-STF, *DJU*, 24-5-74, p. 3.536; *RTJ*, *71*:699-STF; *RT*, *665*:369-STF).

O que acreditamos seja proveitoso, sim, é que, uma boa cautela seja seguida: ao réu que compareça a interrogatório, e não tenha sido citado por mandato (preso ou não, requisitado ou não), lhe seja dada cópia da denúncia, antes do oferecimento da defesa prévia, disso lavrando-se certidão nos autos.

370. Art. 185 do CPP — citação no mesmo dia do interrogatório — *v.* tb.

Art. 185 do CPP (requisição do réu preso para interrogatório), p. 260.

Poderia o réu ser citado no mesmo dia em que, a seguir, venha a ser interrogado?

Sem dúvida o desejável é que a cientificação para a prática de um ato processual deva ser feita com razoável antecedência, seja para não se surpreenderem as partes, seja para permitir adequada locomoção até o local da prática do ato. Por isso que os tribunais têm profligado situações como aquelas em que o comparecimento deva ocorrer no mesmo dia da citação, mas no distante juízo deprecante, o que justifica a impossibilidade de comparecimento (*RT*, *550*:333).

Entretanto, se mesmo assim o comparecimento se deu normalmente e nada se alegou no próprio ato, e se prejuízo algum se demonstrou, não há como acolher eventual alegação de nulidade.

Art. 186 do CPP

371. Art. 186 do CPP — interrogatório — *v.*

Art. 185 do CPP, p. 257.

Art. 307 do CP, p. 308.

Chamada do co-réu, p. 402.

Confissão – valor, p. 425.

Revelia, p. 740.

372. Art. 186 CPP — interrogatório — direito do réu de ficar calado

É verdade que o silêncio do réu, quando interrogado no inquérito policial ou até mesmo no processo penal, não lhe pode causar *prejuízo jurídico* (não importa confissão ficta, por exemplo, já que indisponíveis os interesses sobre os quais se controverte, como a liberdade das pessoas); entretanto, não se pode desconsiderar que, embora exercendo o direito ao silêncio, o réu está deixando de dar voluntariamente um adminículo probatório favorável à sua própria versão, o que pode de fato prejudicar sua defesa.

Assegurado ao réu preso o direito de calar-se quando interrogado (art. 5º, LXIII, da CF), é evidente que seu silêncio passa a ser direito constitucional do acusado; assim, não constitui nem pode constituir presunção jurídica em seu desfavor (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Código de Processo Penal anotado*, p. 241, Ed. Atlas, 1995; *v.* tb. Ap. n. 1.024.065-2, 2ª Câm. TACrim, j. 26-8-96).

Se isso é verdade, e assim deve ser, não menos certo é que, ao preferir sobrepor seu direito ao silêncio à atitude natural daquele que clama pela própria inocência, o réu deixa de produzir prova a seu favor — pois o interrogatório é meio de prova — e contribui, destarte, com um adminículo desfavorável à própria defesa. Não sob o aspecto positivo, pois o silêncio não

prova contra o réu, mas sob o aspecto negativo, por ter deixado passar uma oportunidade de contar sua versão de inocência e concorrer para a busca da verdade real, escopo final do processo criminal.

Para um inocente, no mais das vezes — embora nem sempre —, seria pouco natural que se recusasse a proclamar a própria inocência, se injustamente confundido com o verdadeiro autor do fato ou incriminado por algo de gravidade, que não cometeu. Não obstante, qualquer ilação a respeito há de ser lançada com muita cautela, pois não raro um pai se cala quando acusado de uma falta cometida pelo filho, porque, se falar, estaria acusando a quem não quer acusar, e, nem por isso, seu silêncio poderia prejudicá-lo.

Em outros casos, porém, o silêncio é visto ao menos com estranheza pelos tribunais. Como já observou o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em caso análogo, "na fase policial o acusado reservou-se o direito de permanecer em silêncio — o que, no mínimo, é situação estranha para quem, perante o magistrado, veio a apresentar versão que o inocentava de qualquer participação no evento. Ora, muito embora o silêncio seja uma faculdade procedimental, é difícil acreditar que alguém preso e acusado de delito grave, mantenha-se calado só para fazer uso de uma prerrogativa constitucional" (Ap. 1.036.419-Capital, rel. José Habice, TACrim).

Em outro precedente, a mesma Corte afiançou: "o exercício do direito de permanecer calado — decorrência da antiga parêmia *nemo tenetur procedere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* — implica na escolha de não se autodefender, de maneira direta. A autodefesa pelo silêncio pode trazer o risco de, depois, mal explicada, gerar indício de má justificação. À toda luz, não é a falta de palavras que prejudica; porém, o que, após, se não replica, nem se produz, para demonstrar boa razão" (Ap. n. 796.481-3-TACrim, 10ª Câm., v.u., j. 20-10-93, rel. S. Pitombo).

Art. 187 do CPP

373. Art. 187 do CPP — não cabe contraditório no interrogatório judicial — *v.* tb.

Art. 185 do CPP, p. 257.

O atual sistema processual penal brasileiro não permite, no interrogatório, a intervenção do Advogado ou do Promotor (art. 187 do CPP). A nosso ver, *de lege ferenda*, esse dispositivo poderia ser aprimorado, pois, não raro, alguma pergunta de relevo para a defesa ou para a acusação poderia ser formulada, quando, não raro, fosse olvidada pelo Magistrado.

Entretanto, de nulidade alguma padece o sistema ora em vigor, como têm decidido nossos tribunais (*JTACrimSP*, *88*:434-STF).

Art. 188, parágrafo único, do CPP

374. Art. 188, parágrafo único, do CPP — indicação de provas pelo réu no interrogatório — *v.* tb.

Art. 185 do CPP, p. 257.

Ao fim do interrogatório, deve o Juiz convidar o réu a indicar as provas da verdade de suas declarações, caso negue a imputação no todo ou em parte (art. 188, parágrafo único, do CPP).

E se, formalmente, não ficar consignado que a autoridade judicial fez a exortação de que cuida a lei?

Nesse caso, há de se ter muita cautela antes de mandar refazer o ato. Se, pelas próprias respostas dadas pelo réu, se verifica que estava sendo inquirido sobre as provas do processo, não lhe teria faltado oportunidade, pessoalmente, de indicar fatos ou provas que confortassem sua versão; ainda que não o fizesse no próprio interrogatório, teria podido fazê-lo no tríduo da defesa prévia, pessoalmente ou por meio de seu defensor. Se não o fez,

poderá ter faltado prejuízo, sem o que não se haveria de reconhecer nulidade.

Art. 194 do CPP

375. Art. 194 do CPP — interrogatório de réu menor — nomeação de curador

“A nulidade por falta de nomeação de curador a réu menor de 21 anos ao tempo do interrogatório não pode ser decretada se, além de não ter sido alegada em época própria, mas vários anos após, não se demonstrou qualquer prejuízo decorrente da irregularidade” (*RT*, *615*:278).

Além disso, eventual nulidade dependeria de prejuízo (*RTJ*, *102*:144, *87*:451; no mesmo sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 194). Como bem observa a propósito do tema TOURINHO FILHO, “seria render imoderada vassalagem à lei anular-se um ato ou todo um processo porque se descumpriu uma formalidade que não exerceu a menor influência na apuração da verdade ou da decisão da causa e da qual não adveio nenhum prejuízo” (*Processo penal*, p. 132, 3ª ed., Saraiva).

Art. 197 da LEP

376. Art. 197 da LEP — agravo em execução penal — *v.* tb.

Correição parcial, p. 434.

Fungibilidade recursal, p. 516.

Guia de recolhimento, p. 519.

As decisões proferidas pelo Juiz, em sede de execução penal, são passíveis de serem impugnadas por meio de agravo, sem efeito suspensivo (LEP, art. 197). Isso significa ser cabível o agravo mesmo contra decisão que decrete ou deixe de decretar a extinção da punibilidade, desde que proferida em sede de

execução penal. Entretanto, neste caso, se foi interposto no mesmo prazo do agravo um recurso em sentido estrito, fundado na forma processual genérica que prevê esse tipo de impugnação contra as decisões que decretem a extinção da punibilidade (art. 581, VIII, do CPP), a nosso ver deve a inconformidade ser conhecida, à vista do princípio da *fungibilidade recursal*.

377. Art. 197 da LEP — agravo em execução penal — prazo para interposição — *v.* tb.

Prazos, p. 692.

Recursos, p. 722.

"Aplicam-se ao agravo previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) as disposições do Cód. de Processo Penal referentes ao recurso em sentido estrito. Dessa forma, o prazo para a interposição do referido recurso é de 5 (cinco) dias (CPP, art. 586) e não de 10 (dez) dias, conforme previsto na Lei n. 9.139/95, que alterou o Código de Processo Civil" (*HC* n. 75.178, rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF*, n. 86 e 96).

"O prazo para interposição de agravo contra decisão proferida pelo juízo de execuções penais é de 5 dias (CPP, art. 586). Dessa forma, a Turma, entendendo que o recurso de agravo a que se refere art. 197 da Lei de Execução Penal ('*Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo*') tem a natureza de recurso em sentido estrito, indeferiu o *habeas-corpus*, confirmando acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que julgara intempestivo o recurso interposto pelo réu, que entendia aplicável à espécie a disciplina do agravo prevista no Cód. de Processo Civil (arts. 522 a 529), que prevê o prazo de 10 dias para sua interposição. Precedente citado: *HC* n. 75.178-RJ (*DJU*, de 12-12-97). *HC* n. 76.208-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, 17-2-98" (*Informativo STF*, n. 100).

Alguns autores, entretanto, entendem que o trâmite do agravo na execução é o do agravo previsto no processo civil (*v.g.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, nota ao

art. 107 da LEP, que invoca o precedente publ. em *JTACrim*, *90*:189).

Nos incidentes da execução da pena, tem-se entendido que o recurso será o agravo, sem efeito suspensivo (Lei n. 7.210/84, art. 197), com o rito do recurso em sentido estrito (*HC* n. 75.178, rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF*, n. 86 e 96); entretanto, a doutrina e a jurisprudência continuaram ainda admitindo em certos casos o sucedâneo recursal da correição parcial (JÚLIO F. MIRABETE, *Execução penal*, p. 272, notas ao art. 105 da LEP, ed. Atlas, 1987; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, notas ao art. 105 da Lei n. 7.210/84, p. 609, ed. Saraiva, 1991).

378. Art. 197 da LEP — agravo em execução penal — efeito suspensivo — *v.* tb.

Mandado de segurança, p. 647.

Prisão albergue, p. 706.

Tem-se admitido a impetração de mandado de segurança para que, por meio dele, o Promotor de Justiça obtenha efeito suspensivo em agravo em execução (*RT, 664*:279-TACrim; *RT*, *644*:337-STF).

Art. 201 do CPP

379. Art. 201 do CPP — oitiva da vítima

Embora a lei dispense a presença do Advogado e do Promotor de Justiça durante o interrogatório do réu — erradamente, sem dúvida, pois estariam ambos a fiscalizar o ato —, não existe igual dispensa para a oitiva da vítima ou das testemunhas.

Nulidade efetivamente haverá nesse ato, se a vítima é ouvida sem a presença do Advogado do réu ou do Promotor de Justiça. Em faltando o primeiro, deverá ser nomeado defensor dativo (CPP, art. 265, parágrafo único).

Superado está o entendimento de que não incide o princípio do contraditório sobre as declarações do ofendido, conforme precedente citado por DAMÁSIO E. DE JESUS, em seu *Código de Processo Penal anotado*, art. 201, que se refere a um julgamento do Supremo Tribunal Federal, publicado em *RTJ*, *88*:938.

Ora, esse precedente versa caso muito específico atinente a uma queixa-crime, relatado pelo Min. ANTÔNIO NEDER, no qual uma das turmas daquela Corte, analisando o art. 201 do Cód. de Processo Penal, entendeu não caberem reperguntas do querelado ao querelante, pois esse seria um ato informal e praticado pelo Juiz *ad clarificandum*.

Antes de mais nada, trata-se de decisão proferida em 1977, calcada num código que ainda sobrevive depois de mais de meio século de aprimoramento da ciência processual — e que hoje, a respeito dessa como de outras matérias, não mais pode fazer escola, como obtempera com razão FERNANDO TOURINHO DA COSTA FILHO, a propósito exatamente desse caso concreto (*Processo Penal*, v. 3, p. 260, Saraiva, 1990).

Depois, aquele aresto baseou-se apenas na interpretação literal de que a lei processual só é expressa em permitir reperguntas às testemunhas e não ao ofendido, distinguindo-se *vítima* de *testemunha* e *declarações* de *depoimento* (arts. 201 e 212 do CPP).

Mas o que é principal: naquele precedente, o que se afirmou foi apenas o descabimento de o réu reperguntar a vítima; não se chegou ao ponto de afirmar a desnecessidade da presença da defesa à inquirição.

E o que dizer no caso em que defensor algum esteja presente à inquirição da vítima?!

Surpreende-nos que ainda discutam alguns se as declarações da vítima são ou não meio de prova, se o art. 201 do Cód. de Processo Penal está inserido no Título VII do Livro I, que cuida precisamente *Da prova*, e insere as perguntas ao ofendido em pé de igualdade com as perícias, o testemunho ou os docu-

mentos. Assim, ainda que haja particularidades que distinguem a oitiva da vítima da inquirição das testemunhas (como a falta de compromisso ou a inexistência de contradita), nem por isso deixa de ser meio de prova, como já o ensinava com superioridade EDUARDO ESPÍNOLA, nos seus ainda atuais comentários ao art. 201 (n. 428). Acrescentou o grande mestre: "a inquirição [do ofendido] efetiva-se tal como a das testemunhas, e, depois das feitas pelo juiz, é permitido às partes, isto é, ao Ministério Público, representado pelo órgão em função no processo, ao assistente e à defesa, por intermédio dos respectivos advogados, apresentar as suas perguntas, requerendo-as ao juiz, que as formulará ao depoente, como, acerca das testemunhas, orienta o art. 212 do Código de Processo" (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, n. 431).

Concebido o processo penal como instrumento de tutela da liberdade jurídica do acusado (ADA P. GRINOVER, *Liberdades públicas e função jurisdicional*, p. 21, Rev. dos Tribunais, 1982), é hoje inimaginável que o Juiz possa colher prova, que poderá servir contra o réu, sem que o réu ou, especialmente, sua defesa técnica, tenham acesso ou meios de participar efetivamente de sua coleta.

Afinal, suponhamos que o próprio Juiz, involuntariamente, registrasse algo contra o réu que não tivesse sido o que dissera a vítima, ou, excedendo agora em ânimo acusatório ao próprio *parquet*, estivesse procurando colocar na boca da vítima coisas de que ela não se lembrara, ou que não dissera. Como admitir a ausência do advogado, que teria até mesmo o dever de invocar e registrar o que entendesse a bem do desempenho de seu elevado múnus, sob a ótica imprescindível e inconfundível da defesa técnica?

Com razão, ADA GRINOVER, na obra já citada, salienta que, no processo penal, é necessário que se possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas (*op. cit.*, p. 18-9). Por isso que, segundo CORDERO, o processo penal não pode ser concebido

senão como um diálogo de três pessoas, o Juiz, o autor e o réu (*Linee di un processo di parti*, *in Ideologie*, p. 168 e s., ed. 1966). Nessa seqüência, "o contraditório é condição para todo e qualquer ato de formação da prova" (GRINOVER, *op. cit.*, p. 54), o que tanto mais imperioso é no processo penal, pela relevância dos bens jurídicos que estão em jogo[32].

Ora, o *contraditório*, segundo a lição já clássica do saudoso mestre JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, nada mais é que a "*ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los*" (*Princípios fundamentais do processo penal*, p. 82, ed. Rev. dos Tribunais, 1973).

Que possibilidade teria tido o réu ou sua defesa de participar dessa prova, se nem mesmo por defensor dativo teria ele estado representado no ato?

Não há como negar que a coleta de declarações do ofendido também é meio de prova. Até nos surpreendemos estar a dizer da óbvia importância da palavra da vítima em inúmeros delitos, como os de roubo, quando pode até decidir uma ação penal.

Custa crer viole-se impunemente uma garantia elementar da própria Constituição Federal, que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

Assim, se a prova foi colhida sob forma írrita, deve ser anulada e refeita. Não há como convalidá-la ou aproveitá-la nessas condições.

Art. 210 do CP

380. Art. 210 do CP — violação de sepultura — concurso com furto — art. 155 do CP — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 181.

32. Por isso que o próprio interrogatório deveria ser ato contraditório.

Como já tive oportunidade de sustentar, em minha monografia *Violação de sepultura* (*RT*, *608*:275 e s.), quando da prática de crimes contra o sentimento de respeito aos mortos, é possível haver em tese concurso de crimes: “o crime de dano pode concorrer com o do art. 210 e o mesmo sucede com outros delitos patrimoniais. Isto porque, contrariando a regra civilística de que as construções no solo pertencem ao dono do imóvel, no caso dos túmulos tem-se entendido pacificamente que estes e os materiais com que são construídos e seus ornamentos (estátuas, vasos, cruzes etc.) são dos concessionários, numa relação de Direito Administrativo (cf. *RT*, *374*:72). Assim, a subtração de tais objetos que estão colocados nas tumbas pode concorrer materialmente com o delito de furto (inclusive com a qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo à subtração — art. 155, § 4º, I) ou com o de roubo (se cometida com violência ou grave ameaça à pessoa, *v.g.*, parente, coveiro, administrador do cemitério — art. 157). Contudo, para haver o concurso de tais crimes patrimoniais com o do art. 210, é requisito que tais objetos estejam integrados, de maneira estável, à sepultura, pois, quanto às coroas florais, vasos, flores, que não estejam ligados materialmente ao túmulo, sua subtração, como se tem entendido, configurará apenas violação patrimonial, desde que não haja concomitantemente, profanação nem violação” (*op. cit.*, p. 285-6).

Art. 222 do CPP

381. Art. 222 do CPP — carta precatória — *v.*

Precatória, p. 696.

Art. 226 do CPP

382. Art. 226 do CPP — reconhecimento pessoal — quando é dispensável

Bem diz a lei que, *quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa*, deve-se colocar o suspeito entre outras

pessoas parecidas (CPP, art. 226, *caput*). O objetivo é muito claro: consiste em evitar que quem vá reconhecer fique sugestionado pela apresentação de um único suspeito. Entretanto, em diversos casos, como na prisão em flagrante ou quando quem vá reconhecer já esteja certo de quem seja o autor da infração, às vezes dele já conhecido, não haverá porque proceder-se às formalidades dos arts. 226 e s. do Cód. de Processo Penal, que foram concebidos para situação diversa.

Nesse sentido, tem decidido a jurisprudência: "É irrelevante que o reconhecimento do réu pela vítima não tenha sido efetuado com as formalidades indicadas pelo art. 226 do Cód. de Processo Penal. A recognição com os requisitos do referido dispositivo legal só se faz quando ***houver necessidade***, conforme ali está expresso. No caso, a certeza da vítima na identificação do acusado dispensava aquela solenidade. Ademais, a vítima confirmou e reiterou a recognição do réu sob o pálio do contraditório, sendo ainda de se lembrar que a prova contra ele não se assenta apenas no reconhecimento pela vítima, mas, também, em outros dados probatórios, como atrás já se expôs. Assim, não há que se reconhecer nenhuma nulidade com relação ao reconhecimento do acusado" (*RJDTACrim*, *2*:133; *RT, 666*:379-STF).

Em outro precedente, já se reconheceu que não convencem as objeções de que faltou auto formal de reconhecimento, pois se faz essa peça formal, de regra, quando se quer que a vítima ou uma testemunha aponte um suspeito no meio de outros; mas se há prisão em flagrante do réu em flagrante próprio, e se, exibido à vítima, é reconhecido, não há falar em necessidade de proceder à elaboração do respectivo auto (Rev. n. 308.520-0 — Capital, TACrim).

383. Art. 226 do CPP — reconhecimento pessoal — formalidades

"Irrelevante o fato de o reconhecimento pessoal do réu ter-se efetuado sem observância das formalidades descritas no artigo 226, I, do Cód. de Processo Penal, se efetivado através de

depoimento de testemunha ratificado quando posteriormente reinquirida em audiência à qual presente o defensor constituído do acusado, que formulou reperguntas, tanto mais se assentada a condenação no conjunto probatório, e não apenas naquele elemento de convicção" (STF-2ª T., *RT*, *666*:379).

"O reconhecimento feito em audiência, por sua vez, não obedece a rigidez das normas processuais. Na realidade, é mais um ato confirmatório do que um auto de reconhecimento. Sendo ato confirmatório, não necessita obedecer a esquemas rígidos da lei processual penal em vigor" (*RT*, *678*:340).

"A forma se exige para a existência do reconhecimento; a inobservância da forma acarreta a inexistência deste ato, mas não a inexistência de todo e qualquer ato. E se o outro ato praticado convence o juiz, não é possível dizer que ele não está convencido. A lei prevê determinados meios de prova, mas não impede outros; ao contrário, diz expressamente: *no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil* (art. 155)" (HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, vol. 5, Ed. Forense, 1959, p. 12).

Daí porque os reconhecimentos judiciais — *geralmente realizados com a identificação de quem está sozinho, portanto, sem obediência aos ditames do art. 226 do CPP* — prestam-se à formação do convencimento do Juiz, não porque caracterizem aquele específico meio de prova, mas por significarem outro valioso elemento de convicção, que a lei não interditou nem podia mesmo proibir em sistema que está norteado pelos princípios da ampla liberdade probatória e do convencimento motivado do juiz (cf. Ap. n. 454.993-4, 12ª Câm., j. em 6-4-87, rel. Gonzaga Franceschini, *JTACrim*, *94*:294-7).

Art. 231 do CPP

384. Art. 231 do CPP — juntada de documentos

Salvo hipóteses excepcionais (arts. 406, § 2º, e 475 do CPP), admite-se em regra a juntada de documentos em qual-

quer fase do processo (arts. 231 e 400 do CPP). Segundo MIRABETE, "a juntada, portanto, pode ocorrer mesmo após a conversão do julgamento em diligência" (*Processo penal*, p. 300, Ed. Atlas, 1991). Na mesma linha é o ensinamento de NORONHA: "diz o Código, no art. 231, que excetuados casos expressos em lei, as partes poderão, em qualquer fase do processo, apresentar documentos. Obedece o preceito ao objetivo da apuração da verdade que o processo tem. São os documentos meios de prova, e, conseqüentemente, cuida a lei que esta não fique prejudicada por prazos e atos próprios para sua apresentação" (*Direito penal*, p. 124, 5ª ed., Saraiva, 1972).

Apreciando a questão da juntada de documentos quando do oferecimento de razões ou contra-razões de recurso, conclui favoravelmente a essa possibilidade TOURINHO: "no processo penal, não há impedimento para que as partes, em qualquer recurso, requeiram a juntada de documentos, instruindo melhor suas razões ou contra-razões. Todavia, se os documentos forem oferecidos nas contra-razões, deverá o Juiz determinar que o apelante se manifeste sobre eles. Caso tenham sido oferecidos pelo apelante, quando os autos forem com vista ao apelado, este terá oportunidade de se manifestar sobre eles" (*Processo penal*, vol. 4, p. 278, 12ª ed., Saraiva, 1990).

Art. 232 do ECA

385. Art. 232 do ECA — vexame ou constrangimento a criança ou adolescente

Segundo o art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui crime "submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento".

Analisamos, há alguns anos, o caso de uma professora primária que bateu com um caderno na cabeça da vítima, uma criança de 7 anos, que estava conversando com seus coleguinhas. Batendo com o caderno na cabeça da vítima, teria a ré abusado dos meios de disciplina e submetido a criança a vexame ou constrangimento, assim violando o tipo penal?

Bem, sem dúvida o caderno na cabeça não é meio pedagógico indicado para correção e disciplina; contudo, questões como essa mais se resolvem em casos concretos do que em tese, até porque há meios e meios de se bater com um caderno, com maior ou menor violência, a acentuar ou até a elidir eventual reprovação de caráter criminal.

De qualquer forma, no caso concreto, os autos davam conta de que a vítima teria ficado bastante abalada com o fato, porque se sentira humilhada e até mesmo temerosa de voltar às atividades escolares; faltou às audiências judiciais, havendo notícia de que isso se deu em decorrência de seqüelas psicológicas que não foram, porém, sujeitas a qualquer avaliação técnica nos autos. Também outras crianças ouvidas demonstraram temor e abalo em vista dos fatos ocorridos, a endossar a tese de que a atitude da ré em relação à vítima teria ultrapassado os limites éticos aceitáveis e chocado os padrões culturais locais, a ponto de diversos pais terem procurado a direção da escola, a polícia e o Ministério Público para que providências penais fossem tomadas a respeito.

Ora, ao enumerar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, a Lei n. 8.069/90 (ECA) incluiu, entre outros, o direito ao respeito e à dignidade da criança e do adolescente (arts. 15 a 18). Para sancionar a violação a esse direito, seu art. 232 criminalizou a conduta de quem "submeter a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento".

Como bem observou HEITOR COSTA JÚNIOR, "o bem jurídico protegido neste crime é a incolumidade física e psíquica da criança e do adolescente, os quais devem ser tratados com respeito e dignidade" (*Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, art. 232, ed. Malheiros, Munir Cury *et al.*, 1992).

Ao contrário do que entendem alguns, no sentido de que o crime em exame suporia dolo específico, não se exige na figura do art. 232 do ECA que o sujeito ativo do crime cometa a ação física *com o fim específico de ultrajar ou constranger* a criança ou o

adolescente, e sim basta que o agente dolosamente cometa a ação *que sabe ultrajante ou constrangedora*.

No caso dos autos, o golpe com o caderno, na cabeça da criança, teria sido suficiente para humilhá-la diante das demais, ferindo-a não só em sua auto-estima como ferindo a estima dos colegas.

Ainda que a criança vitimada fosse indisciplinada — e nos autos havia indícios de que o era — ainda assim apenas estava conversando com um coleguinha quando a professora se teria descontrolado e lhe batido com o caderno à cabeça. E teria a professora outros meios pedagógicos de disciplina que não aquele usado contra a criança.

Errou a professora. Poderia, talvez, parecer excessiva a reprovação penal a isso, se até há não muitos anos os métodos então tidos como *pedagógicos* consistiam em fazer ajoelhar no milho, usar a palmatória ou arrastar pela orelha... Entretanto, queremos crer que esses tempos idos não servem de exemplo, e o ECA aqui está para indicar novos rumos de respeito às crianças e adolescentes, como pessoas em desenvolvimento, que hão de merecer respeito e proteção integral.

Art. 233 do CP

386. Art. 233 do CP — ato obsceno — exibicionismo — patologia

Como registrou NÉLSON HUNGRIA, "um dos casos típicos e não infreqüentes de ultraje público ao pudor é o chamado *exibicionismo* (exibição em público das partes genitais ou vergonhosas)" (*Comentários ao Código Penal*, n. 83, p. 314, ed. Forense, 1959).

Em muitos casos é patológico o desvio do agente; se houver indícios de que isso possa estar a ocorrer, será cabível apurar-se a sanidade mental do acusado.

387. Art. 233 do CP e art. 61 da LCP — ato obsceno *versus* importunação ofensiva ao pudor — *v.* tb.

Art. 61 da LCP, p. 124.

Art. 234 do CP, p. 282.

A infração ao art. 61 da Lei de Contravenções Penais objetiva a importunação de *pessoa determinada*, e o crime do art. 233 do Cód. Penal objetiva um *ultraje ao pudor coletivo*.

388. Art. 233 do CP e art. 61 da LCP — ato obsceno *versus* importunação ofensiva ao pudor — lugar público — consultório dentário

Não raro, estamos diante da distinção entre os elementos do tipo do art. 61 da Lei de Contravenções Penais ou os do art. 233 do Cód. Penal.

Diz o art. 233 do Cód. Penal ser crime *praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público*.

Por sua vez, segundo o art. 61 da Lei de Contravenções Penais, é infração contravencional *importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor*.

A distinção básica entre essas infrações, como já o dissemos, consiste em que a infração ao art. 61 da Lei de Contravenções Penais objetiva a importunação de *pessoa determinada*, e o crime do art. 233 do Cód. Penal objetiva um *ultraje ao pudor coletivo*.

Afora isso, haveria distinção entre *local público ou aberto ou exposto ao público* e *local acessível ao público*?

A doutrina ensina que, em regra, *lugar público* é local por natureza entregue ao público, como uma praça, uma rua; *lugar aberto ao público* é aquele destinado a reuniões públicas, como uma igreja, um cinema; *lugar exposto ao público* é o lugar que, ainda que não seja público nem aberto ao público, pode ser visto pelo público. Analisando sob essa ótica a figura do art. 233 do Cód. Penal, Mirabete sustenta que *lugar aberto ao público é o*

lugar público por destino, onde podem comparecer pessoas em número indeterminado, como igreja, teatro, cinema, hotel; e *lugar exposto ao público é aquele que, posto não seja acessível a todos, pode ser devassado pelo público, que pode ver o que ali se faz* (*Manual de direito penal*, II, n. 34.1.6, 6ª ed., 1991). Assim, neste último caso, se uma pessoa, ainda que dentro de sua casa, sai à janela que dá para a rua, e de lá pratica ato obsceno, seu ato poderá ser vislumbrado por todos quantos passem pela via pública (ou seja, por um número indefinido de pessoas).

Suponhamos que o agente, dentro de um consultório dentário, exiba a genitália à dentista ou à sua secretária.

Ora, um consultório dentário por certo não é lugar público, nem lugar exposto ao público. Resta discutir se seria lugar *aberto ao público*, pelo fato de que qualquer pessoa poderia procurar atendimento clínico do profissional que nele trabalha. Entretanto, a possibilidade de que qualquer pessoa *freqüente* o consultório, se o torna acessível em tese a qualquer do povo, não torna o local *aberto ao público* por destinação, pois nele o público não acorre *em número indeterminado*, como a um circo, um teatro, uma igreja ou uma sala de espetáculos; nem o torna local que pudesse ser aberto simultaneamente a muitas pessoas.

Posto não sendo lugar público, nem aberto ao público, nem exposto ao público, seria um consultório dentário, a que qualquer pessoa pode ter acesso, um *lugar acessível ao público*, para fins da contravenção do art. 61 da Lei de Contravenções Penais? A nosso ver, sim (nesse sentido, *v.* Ap. 1.098.545-1- Itanhaém, j. TACrim, rel. Ciro Campos).

Se, tautologicamente, acessível é algo a que se pode ter acesso, sem dúvida seria distinção cerebrina procurar dizer que não é a mesma coisa que lugar aberto ao público. Sob essa ótica, há irredutível contradição em pretender-se negar fosse o lugar *aberto ao público*, e em afirmar-se, ao mesmo tempo, ser o mesmo lugar *acessível ao público*. Nesse sentido, é a lição de MAGALHÃES NORONHA, para quem basta que o lugar seja *acessível a qualquer pessoa* para que se repute *público* (*Direito penal*,

III, n. 889, ed. 1986). Por sua vez, estudando a contravenção em exame, JOSÉ DUARTE observou que lugar acessível ao público é aquele que possibilita "a aglomeração, a entrada e saída de muitas pessoas, constituindo, quase permanentemente, um público, uma assistência" (*Comentários à Lei de Contravenções Penais*, art. 61). Comentando o art. 61 da Lei de Contravenções Penais SADY CARDOSO GUSMÃO entendeu que o conceito de lugar público ou acessível ao público inclui até mesmo "o interior de estabelecimentos freqüentados pelo público" (*Das contravenções penais*, arts. 61-2). De nossa parte, não vemos que haja, no tipo contravencional, qualquer exigência atinente à necessidade da presença de número indeterminado ou de muitas pessoas no local. A lei contravencional não fala em praticar a infração *em público*, mas *em lugar acessível ao público*, o que é diferente.

Pode, assim, a nosso ver, considerar-se o consultório de um profissional liberal, que atende a qualquer pessoa do povo que o procure, um *estabelecimento freqüentado pelo público*, e, pois, um local acessível ao público.

Entretanto, o crime do art. 233 do Cód. Penal tem como objetividade jurídica proteger a incolumidade do pudor público; já a contravenção do art. 61 visa a proteger o pudor de pessoa determinada, desde que importunada em lugar público ou acessível ao público.

389. Art. 233 do CP — ato obsceno e embriaguez — *v.* tb.

Embriaguez, p. 495.

A embriaguez não elide a imputabilidade penal em geral, nem mesmo, em especial, na infração de que cuida o art. 233 do Cód. Penal (art. 28, II, do CP; cf. DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 233; *RT*, *587*:347, *547*:339, *527*:380; *RJDTACrim*, *9*:159).

390. Art. 233 do CPP — concurso de crimes ou crime único

Se o agente pratica ato obsceno diante de diversas pessoas, haverá concurso formal ou crime único?

É caso de crime único.

O crime de ato obsceno consiste em *praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público*. No caso, o agente teria praticado um só ato e um só crime; não pluraliza a infração o fato de terem sido várias as pessoas a quem o agente destinou sua exibição. A objetividade jurídica do delito é o pudor público, não o pudor individual; o sujeito passivo é a coletividade, não cada pessoa que viu o réu, tenha cada uma destas, ou não, se sentido atingida no seu pudor (*RT*, *527*:380).

Assim, o indivíduo, que numa praça pública, comete um ato obsceno, diante de uma única pessoa ou diante de centenas delas, será punido por um único ato obsceno. As circunstâncias e conseqüências do fato só deverão ser levadas em conta na fixação da pena, mas não para reconhecer um concurso formal, pois o crime teria sido único.

Art. 234 do CP

391. Art. 234 do CP — escrito ou ato obsceno — *v.* tb.

Art. 233 do CP (local público), p. 279.

Na sua modalidade fundamental, o crime do art. 234 do Cód. Penal consiste em *fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno*.

Ainda não se chegou, na lei, na doutrina ou na jurisprudência, a um conceito inequívoco de *obscenidade*: para alguns entendimentos, trata-se de pornografia *pesada* mais explícita, assim consideradas ereções, sodomias ou sexos orais; outros pre-

ferem abster-se de tentar defini-la, dizendo saber o que é quando a vêem (voto do Juiz Stewart, no caso Jacobelli *v.* Ohio, 1964; *apud Por detrás da Suprema Corte*, WOODWARD & ARMSTRONG, Saraiva, 1985, p. 253).

A fluidez do conceito, porém, não pode ser tanta que inviabilize a uma pessoa possa saber de antemão se está agindo ilegalmente, pois essa é uma exigência constitucional consubstanciada no devido processo legal.

A lei somente pune ações que se destinem ao *fim de comércio* do material pornográfico (art. 234, *caput*, e parágrafo único, I, do Cód. Penal), ou, ao menos, ações de quem o oferece em espetáculo público (art. 234, parágrafo único, II e III, do Cód. Penal); não é escopo, porém, da lei penal, interferir na intimidade ou na privacidade do cidadão, que são asseguradas constitucionalmente (art. 5º, X, da CF).

Neste ponto, porém, chega-se a um paradoxo. Como ressaltou o Juiz Marshall, referindo-se à legislação fundamental norte-americana, "se a Emenda Constitucional n. 1 significa alguma coisa, certamente é que o Estado não tem direito algum de dizer a uma pessoa, que está sentada sozinha em sua casa, que livros pode ela ler ou que filmes deve ela ver" (caso Stanley *v.* Geórgia, 1969). Entretanto, levada às suas últimas conseqüências, se há direito constitucional de possuir material obsceno em casa, então existe o direito de adquiri-lo, e, daí, o de vendê-lo, de produzi-lo e distribuí-lo (WOODWARD & ARMSTRONG, *op. cit.*, p. 255).

Sem perder de vista os padrões culturais de moralidade de uma época e de um lugar, a solução para o impasse consiste em bem identificar a objetividade jurídica do crime: não consiste na própria posse ou comercialização do material obsceno, e sim no ultraje ao pudor público. Desde que a posse ou a comercialização do material não estejam efetivamente a ofender o pudor de um número indeterminado de pessoas, não há falar na presença desse crime.

Art. 239 do CPP

392. Art. 239 do CPP — indícios e presunções — prova — *v.*

Indícios e presunções, p. 531.

Prova, p. 717.

Art. 241 do ECA

393. Art. 241 do ECA — publicação de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente

Segundo o art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui crime fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Em interessante precedente sobre a aplicação desse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da publicação de cena de sexo infanto-juvenil, inserida em rede de *bulletin board system* (BBS) ou *Internet* para computadores. Disse a Corte: "1. O tipo cogitado — na modalidade de "publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" — ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo de ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede *BBS/Internet* de computador. 2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo. 3. Se a solução da controvérsia

de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial" (*HC* n. 76.689-0-PB, 1ª T., j. 22-9-98, v.u., *DJU* n. 213-E, de 6-11-98, seç. I, p. 3).

Art. 242 do CP

394. Art. 242 do CP — crime de falsificação ou alteração de registro civil — prescrição — *v.* tb.

Prescrição, p. 699.

Há regra especial no Cód. Penal a disciplinar a prescrição nos crimes de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, que começa a correr a partir *da data em que o fato se tornou conhecido* (art. 111, IV). Não obstante haja entendimentos contrários (*RT*, *262*:128, posto sob a redação antiga do dispositivo), tal princípio é de inteira aplicação ao delito do art. 242 do Cód. Penal, como prelecionam DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código Penal anotado*, art. 242, p. 634, ed. 1991) e MAGALHÃES NORONHA (*Direito penal*, III, n. 936). Não obstante tenha classificação em Título próprio do Código Penal, o delito do art. 242 não deixa de ser falsificação de registro civil.

Art. 243 do ECA

395. Art. 243 do ECA — cola de sapateiro — substância capaz de causar dependência — *v.* tb.

Tóxicos, p. 782.

Segundo o art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui crime "vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida".

Com esse tipo penal, pretende a lei coibir comportamentos que facilitem a aquisição, por crianças e adolescentes, de substâncias que, ainda que de destinação lícita, sabidamente contêm componentes que possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida — como é o caso da chamada *cola de sapateiro*, cujas emanações, se inaladas, causam sensação de euforia e levam a quadros tóxicos inebriantes.

Quid juris, se o agente alega não ter conhecimento da proibição de vender esse tipo de cola a menores, e só o faz depois de informar-se com o menor de que a cola se destinaria a uso pelo seu pai, não tendo tido motivos para desconfiar de uso indevido do produto pelo menor que não despertou suspeitas no momento da aquisição?

Bem, sem dúvida casos como esse hão de receber cuidadosa análise em concreto. Entretanto, algumas observações gerais podem ser aqui antecipadas.

Produtos do tipo daqueles conhecidos como *cola de sapateiro* não são, por si mesmos, sujeitos a comercialização proibida ou restrita, até porque mal algum provocam no uso normal a que se destinam. Entretanto, esses produtos contêm componentes químicos que, se inalados, podem causar dependência psíquica e, posteriormente, até mesmo dependência física — especialmente o *tolueno*.

Poder-se-ia dizer que tais produtos são de livre comércio; entretanto, o que está em discussão, na hipótese, não é o crime de venda de entorpecente, previsto na Lei n. 6.368/76, e sim o crime previsto no art. 243 da Lei n. 6.069/90 (ECA). Como anota DAMÁSIO E. DE JESUS, "a norma não cuida de entorpecente e sim de produto composto de substância capaz de causar dependência física ou psíquica. Ex.: *cola de sapateiro*" (*A lei antitóxicos anotada*, Saraiva, 1995, p. 19).

Resta ver se está presente o dolo necessário para a configuração do tipo.

É de sabença comum que nos últimos anos se vem acentuando, principalmente por crianças e adolescentes, o uso inde-

vido de colas do tipo da *cola de sapateiro* para inalação, com o escopo de provocar euforia, embriaguez e até mesmo outras alterações dos sentidos. Isso é corriqueiramente mostrado nos meios de comunicação, como a televisão, os jornais e os cinemas e em campanhas de esclarecimento à população.

Num caso concreto que examinamos há alguns anos, o agente, posto negando o dolo na venda, não nos convenceu. Não alegara sequer desconhecer a possibilidade de utilização indevida da substância, mas, ao contrário, evidenciara tê-la levado em conta, pois, ao vender o produto ao menor, indagara-lhe o que iria fazer com a coisa; aceitara, contudo, a mera resposta da própria criança de que a cola se destinaria a serviços de um adulto desconhecido. Ora, tratando-se de produto cujos componentes notoriamente se prestam a uso indevido, a própria pergunta de sua destinação demonstrara ter o agente disso consciência, e não seria usual que a fizesse, se o menor estivesse a comprar algo sem perigo algum para si ou terceiros. Na pergunta, estava a consciência do risco, aliás, não negada pelo agente. Diante disso, previra o acusado viesse o produto a ser utilizado como substância cujos componentes podiam causar dependência física ou psíquica, *ainda que por utilização indevida*. Ao menos assumiu o risco de que isso pudesse acontecer, o que nos pareceu configurar o dolo eventual.

Art. 247 do ECA

396. Art. 247 do ECA — nome de menores nas denúncias — omissão — *v.* tb.

Art. 41 do CPP, p. 104.

Temos visto, com certa freqüência, que nas denúncias, sentenças e outras peças processuais, alguns Promotores de Justiça, Advogados e Juízes procuram omitir o nome por inteiro de vítimas ou testemunhas menores, indicando-os apenas por suas iniciais.

Tal costume foi herdado dos antigos Códigos de Menores (Decreto n. 17.943-A/1927, art. 89; Lei n. 6.697/79, art. 63), que vedavam a *divulgação, por qualquer meio de comunicação, do nome ou de atos e documentos que envolvessem procedimento judicial relativo a menor*, e essa proibição administrativa foi mantida pelo atual Estatuto da Criança e do Adolescente, que veda a *divulgação, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional* (ECA, art. 247).

Entretanto, à evidência, essa proibição visa a restringir a publicidade indevida sobre crianças e adolescentes a que se atribua a prática de ato infracional, pelos meios de comunicação, especialmente por órgão da imprensa ou emissora de rádio ou televisão. Mas essa proibição *nada tem a ver* com a correta e necessária inserção do nome de menores em peças processuais que a eles digam respeito ou nas quais sejam eles referidos, de forma que nada obsta e tudo recomenda que seus nomes sejam mencionados por inteiro quando for o caso, na denúncia, na sentença, nos pareceres ministeriais, nas peças dos Advogados ou nos acórdãos, desde que, no mais, se observe o art. 247 da Lei n. 8.069/90.

Art. 252 do CPP

397. Art. 252 do CPP — Ministério Público — falta de promotor — *v.*

Promotor ad hoc, p. 715.

398. Art. 252 do CPP — impedimento — Promotor de Justiça

"Promotor que, antes do início da ação penal participa da fase investigatória, como membro do Ministério Público, não no exercício de cargo de delegado ou de investigador de Polícia. Inexistência de incompatibilidade para o exercício da ação pe-

nal, apoiada nas provas colhidas, naquela fase, já que o Promotor de Justiça, em tal hipótese, era e continua sendo representante da acusação, sem qualquer mudança nessa posição processual, antes e depois da ação penal, o que não ocorre nas hipóteses previstas no art. 252, II, do Cód. de Processo Penal. Recurso de *habeas-corpus* a que se nega provimento" (*RSTJ*, 7:146, *RHC* n. 257-SP, j. 11-10-89, rel. Min. Assis Toledo, 5ª T. STJ).

399. Art. 252 do CPP — impedimento — Juiz que oficiara como Promotor de Justiça no feito

Tivemos ocasião de apreciar um caso em que o Juiz que proferiu a sentença tinha, anteriormente, funcionado como Promotor de Justiça nos mesmos autos.

Antevendo o sentenciante a possibilidade de vir a ser discutido seu impedimento, procurou refutar prolepticamente qualquer objeção que, a seu ver, pudesse ser levantada a respeito. Em síntese, sustentou o Juiz que, embora tivesse participado da coleta da prova como Promotor de Justiça, não fizera qualquer manifestação ou requerimento, que o incompatibilizasse para, posteriormente, exercer a jurisdição no mesmo processo. Invocou, em seu favor, dois precedentes do Supremo Tribunal Federal (*RTJ*, *53*:194 e *RT*, *631*:362).

Entretanto, examinando a questão em maior profundidade, não nos convencemos do acerto da tese do Juiz.

Os dois arestos invocados não são adequados ao caso dos autos. O primeiro precedente, que está em *RTJ*, *53*:194, refere-se à situação de desembargador, que o Supremo Tribunal Federal entendeu não estar impedido de exercer a jurisdição num caso em que anteriormente tinha oficiado como Juiz, porque não se tinha pronunciado de fato e de direito sobre o caso, limitando-se, da primeira feita, a atos de mera ordenação processual ou de produção de prova. Desta forma, entendeu-se ausente o impedimento a que alude o art. 252, III, do Cód. de Processo Penal. Já o segundo precedente, publicado em *RT*, *631*:362, dizia respeito a um julgamento da mesma Corte, que negou haver

impedimento em oficiar como Desembargador num processo a mesma pessoa que, antes, quando Procurador-Geral de Justiça, tinha lançado cota meramente ordinatória, ou seja, recebendo e encaminhando a representação da qual se originara o inquérito policial (limitando-se a determinar sua autuação, distribuição e encaminhamento ao promotor natural do feito).

A nosso ver, não há similitude nos dois precedentes com a hipótese ora em exame. No primeiro precedente, só haveria impedimento se o Juiz de outra instância se tivesse pronunciado "*de fato ou de direito, sobre a questão*", o que reconhecidamente não ocorreu (art. 252, III, do CPP); no segundo, o Procurador-Geral se limitara a mandar autuar e encaminhar um expediente, sem sequer acolhê-lo, recusá-lo, ou à vista dele tomar qualquer providência afeta ao Ministério Público (como requisitar um inquérito policial, oferecer uma denúncia ou promover o arquivamento).

Poder-se-ia, entretanto, argumentar, como o fez o aresto publicado em *RT*, *631*:362, que haveria uma similitude entre o caso do Desembargador que antes foi Juiz, e o caso do Desembargador que antes foi membro do Ministério Público. Contudo, *est modus in rebus*. No primeiro exemplo (Desembargador que foi Juiz), não há cogitar de eventual comprometimento psicológico, nem em tese, pois a posição processual ocupada pela autoridade fora sempre a mesma (o Juiz é sujeito distinto da relação processual, não podendo obviamente identificar-se com o autor ou com o réu, também sujeitos da mesma relação), e, no caso, porque enquanto Juiz se limitara a promover atos ordinatórios ou meramente probatórios, a nenhum impedimento o Desembargador estaria sujeito. Por primeiro, porque não se pronunciara, "*de fato ou de direito, sobre a questão*"; em segundo, porque, seja ao ordenar o andamento do feito, seja ao colher provas, continua como magistrado, imparcial e *super partes*. O Supremo Tribunal não reconheceu, pois, seu impedimento. Já no segundo exemplo (Desembargador que foi Procurador-Geral), embora haja diversidade flagrante de sujeitos proces-

suais, o Procurador-Geral não se comportara efetivamente como órgão acusatório, pois se limitara a encaminhar um expediente ao Promotor de Justiça natural do feito, sem ter praticado absolutamente ato algum de coleta de prova, de discussão da causa ou de formação da *opinio delictis*.

Inteiramente diversa é a situação que estivemos a examinar. Aqui, o órgão do Ministério Público que participou da coleta da prova de acusação — ainda que de forma passiva, sem sequer ter feito uma única repergunta, limitando-se a presenciar a inquirição de testemunhas que fazia o juiz — estava mesmo assim efetivamente assumindo a posição de autor, na relação processual. Pouco importa que não tivesse reperguntado, que na audiência questão processual alguma tivesse sido levantada, discutida, decidida ou relatada. Naquela audiência, aquele órgão do Estado estava investido nas funções efetivas e também potenciais de Ministério Público, o que vale dizer, presume-se tenha lido o inquérito, ouvido os depoimentos, avaliado se convinha ou não reperguntar, tudo sob a ótica do órgão titular da acusação penal pública. Se se contentou com os depoimentos e nada reperguntou, é porque se presume tenha entendido satisfatória a prova para o desempenho do ofício de Ministério Público, que naquele ato estava exercendo.

Ou seja, o Promotor de Justiça que participou da coleta da prova de acusação, naquele momento, agiu, pensou e se comportou como órgão de acusação. Não se limitou a um simples ato de encaminhamento de peças, como num dos precedentes invocados; nem manteve a mesma posição processual, como noutro dos precedentes. Na verdade, variou de posição processual (de acusador a julgador) e mais tarde examinou a mesma prova, que ele mesmo tinha ajudado a colher como Promotor, agora na qualidade de Juiz.

Que garantia há para o réu, que efetivamente veio a ser condenado pela sentença, nessa alternância? Nenhuma. Como saberá ele que a convicção de sua responsabilidade não começou a surgir no Juiz sentenciante, quando ele ainda estava co-

lhendo a prova de acusação como Promotor? Já advertia ESPÍNOLA, invocando lições seculares, que tais ofícios colidem pela sua própria natureza, resultando a impossibilidade de, sob acumulação, cada um deles ser desempenhado satisfatoriamente (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, art. 271, n. 271, vol. II, p. 312).

Por isso que o art. 252, inc. II, do Cód. de Processo Penal — este sim, aplicável ao caso dos autos — impede que o juiz exerça jurisdição no processo em que funcionou como promotor. Se vier a ser descumprido, será nula a sentença proferida.

400. Art. 252 do CPP — impedimento — cônjuges que se sucedem no feito como Promotores de Justiça

O art. 252 do Cód. de Processo Penal cria impedimento para o Juiz, vedando-lhe exercer sua jurisdição no processo em que tiver funcionado, entre outros, *seu cônjuge* como defensor ou advogado, *órgão do Ministério Público*, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito.

Ora, para os membros do Ministério Público, estendem-se, no que lhes for aplicável, os impedimentos dos Juízes (art. 258).

Assim, a conseqüência lógica e finalística é a de que o membro do Ministério Público não pode funcionar no mesmo processo penal em que já funcionou seu cônjuge, seja como Juiz, defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da Justiça ou perito.

Desta forma, para evitar futuras nulidades, em todos os processos em que um Promotor de Justiça deva oficiar, e no qual já tenha oficiado seu cônjuge também como Promotor, deve o segundo membro do Ministério Público abster-se de funcionar no feito, passando os autos ao seu substituto automático. Trata-se mais do que mera cautela para evitar possíveis nulidades, e sim de impedimento funcional absoluto.

Art. 258 do CPP

401. Art. 258 do CPP — Ministério Público — impedimentos — *v.*

Art. 252 do CPP, p. 288.

Art. 259 do CPP

402. Art. 259 do CPP — identidade física do réu — dúvida — *v.*

Dúvida sobre a identidade do réu, p. 487.

Art. 261 do CPP

403. Art. 261 do CPP — defesa técnica — *v.*

Art. 265 do CPP, *infra*.

Art. 265 do CPP

404. Art. 265 do CPP — intimação do defensor — *v.*

Advogado, p. 42.

Intimação, p. 537.

405. Art. 265 do CPP c.c. art. 261 do mesmo estatuto — defensor *ad hoc* — defensor leigo

Faltando o defensor constituído à audiência, ou retirando-se antes de instalar-se, ou no seu curso, fica o Juiz autorizado a realizar o ato, desde que nomeie substituto para o ato: é o que dizem o art. 265 e parágrafo único do Cód. de Processo Penal, ainda que o impedimento seja motivado.

Hoje não mais se pode designar defensor leigo para o ato. Embora a legislação pretérita o permitisse em caso de impedi-

mento do advogado (Lei n. 4.215/63, art. 75)[33], o atual Estatuto da OAB torna em regra a defesa criminal ato privativo de advocacia, excetuada a impetração de *habeas-corpus* (Lei n. 8.906/94, art. 1º)[34].

406. Art. 265 do CPP — defensor constituído — renúncia *versus* abandono da causa

Quid juris se, no processo penal, o defensor constituído é intimado pessoalmente para manifestação processual indispensável e, mesmo assim, deixa *in albis* o prazo de manifestação?

Em precedente a respeito dessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal entendeu que "cumpre ao Magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada esta intimação — ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado — não é lícito ao Juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu" (*RT*, *691*:378, STF, 1ª T). Entretanto, observe-se que esse precedente diz respeito a um caso em que o defensor constituído *nunca tinha sido intimado*, por isso que inviável a aplicação de pleno do art. 265 e seu parágrafo único do Cód. de Processo Penal.

Entretanto, algumas cautelas devem ser tomadas a respeito. Desde que não se trate de renúncia e sim de abandono da causa, não é de fazer-se intimação análoga à que impõe o art. 5º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), nem o art. 1.329 do Cód. Civil. Nesse caso, *se não houver prejuízo para as partes*, deve o

33. Sob a Lei n. 4.215/63, embora a jurisprudência já viesse negando a possibilidade de estagiários e leigos em geral praticarem atos de advocacia (*RJDTACrim*, *8*:277 e 279, *4*:115; *RTJ*, *111*:1041, *82*:352), ao mesmo tempo vinha admitindo a nomeação de leigos em casos de impedimento de advogados (*JTACrim*, *96*:314, *RJTJSP*, *102*:482; *RJDTACrim*, *16*:84, *11*:168).

34. O art. 623 do CPP também admite que o próprio interessado requeira revisão criminal. A propósito, *v.* p. 741.

Juiz adiar a prática do ato, "valendo-se da faculdade discricionária que lhe assiste" (MIRABETE, *Processo penal*, p. 338, ed. Atlas, 1998). Mas, em caso contrário, se do adiamento puder advir prejuízo para o feito (*v.g.*, prescrição, excesso de prazo na instrução com réu preso), deverá o Juiz proceder à nomeação de defensor ainda que só para o ato, na forma do art. 265, parágrafo único, do Cód. de Processo Penal, sem prejuízo de, a seguir, intimar-se o réu para, querendo, constituir outro causídico, sob pena de se lhe nomear dativo para doravante acompanhar o processo.

Nessa linha de entendimento, em outro precedente, decidiu com acerto o Supremo Tribunal Federal: "verifica-se do exame dos autos, que o fato somente ocorreu porque não logrou o oficial de Justiça intimar o defensor constituído, no endereço indicado, por não tê-lo encontrado. Assim, não podendo o Dr. Juiz adiar, *sine die*, a instrução do processo, referente a réu preso, tem-se que agiu corretamente ao realizar o ato com a presença de defensor substituto devidamente nomeado (art. 265, parágrafo único, do CPP)" (*RT*, *460*:377).

407. Art. 265 do CPP — falta de defesa *versus* deficiência de defesa

Nos termos da Súm. n. 523 – STF, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua eventual deficiência só o anula se houver prova de prejuízo para o réu.

Art. 268 do CPP

408. Art. 268 do CPP — assistente da acusação — conceito de "ofendido"

O assistente da acusação é o *ofendido*, mas este não é apenas a pessoa a quem o crime causou ofensa em sentido estrito, mas também quem veio a sofrer dano patrimonial (Ap. n. 71.983-TACrim, j. 10-10-73; AP n. 114.001-SP, TACrim, j. 11-11-75).

Analisando o art. 268 do Cód. de Processo Penal, ensinou ESPÍNOLA que, por *ofendido*, devemos entender "aquele que, na

sua pessoa ou nos seus bens, sofreu as conseqüências diretas, os efeitos imediatos da infração penal" (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, n. 558).

Sem dúvida, poderíamos conceber uma noção restritiva de *ofendido*, para os fins do art. 268 do Cód. de Processo Penal, assim compreendendo apenas o *sujeito passivo do crime*, ou seja, para nos valermos da clássica definição de Asúa, "o titular ou portador do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime".

Contudo, muitas vezes o crime atinge interesses juridicamente protegidos de pessoas que suportam diretamente as conseqüências da ação material do agente, embora possam não ser tecnicamente *sujeitos passivos do crime*. O exemplo mais evidente é o do próprio homicídio, pois os filhos da vítima têm direito à indenização e não são sujeitos passivos do crime; na calúnia contra os mortos, também se atingem valores morais de seus descendentes ou familiares mais próximos; no rapto consensual, a raptada é sujeito passivo da infração penal, mas o crime também atinge os titulares do pátrio poder; no crime de roubo, a lesão patrimonial pode atingir terceiro que não o mero detentor da coisa, que sofre diretamente a ação material.

Como mero exemplo, suponhamos um atentado a bomba para matar quem esteja hospedado na casa de terceiro: o *sujeito passivo* será o morto, mas o dono do imóvel destruído também será atingido diretamente pela ação criminosa que destruiu sua casa, e daí advirão conseqüências patrimoniais.

Se o escopo da intervenção do assistente de acusação é possibilitar que obtenha um título executório válido na área cível, sem necessidade de provar novamente o fato na sua materialidade e autoria — questões que necessariamente são decididas na esfera penal — devemos então usar um critério de *legítimo interesse* informado pela potencialidade da *repercussão da sentença criminal condenatória em favor da pessoa lesada pela ação criminosa*, seja esta ou não o sujeito passivo da ação típica. Não é o assistente da acusação admitido porque haja *a priori*, entre ele e o réu, *uma relação jurídica processual penal*. Ao contrário: o titular

do *ius puniendi* é sempre o Estado, nunca o ofendido. Mesmo na ação penal privada, a relação jurídica processual que se estabelece entre o ofendido e o réu se dá porque o particular é mero substituto processual do Estado; na assistência da acusação, o particular apenas é autorizado a exercer uma atividade *ad coadjuvandum* em relação à parte principal, com vistas às repercussões cíveis da sentença penal.

Assim, para os fins de admissão de assistente da acusação, não poderíamos tomar na literalidade a expressão *ofendido* — e o próprio texto do art. 268 do Cód. de Processo Penal começa por desautorizá-lo — pois, se só o *sujeito passivo* da infração penal pudesse ser assistente, não haveria assistência em crimes de homicídio — risco esse que o próprio art. 268 teve o cuidado didático de obviar, ao fazer expressa remissão ao art. 31 do Cód. de Processo Penal, o que de resto a rigor nem mesmo seria necessário, diante do evidente interesse jurídico que têm os sucessores da vítima na reparação cível *ex delicto*.

Art. 271 do CPP

409. Art. 271 do CPP — assistente da acusação — *v.*

Assistente do Ministério Público, p. 393.

Art. 299 do CP

410. Art. 299 do CP — falsidade ideológica — abuso de folha assinada em branco — *v.* tb.

Princípio da consunção (estelionato), p. 704.

A doutrina italiana chama de *abuso di foglio firmato in bianco* a falsidade ideológica do documento particular. Em nosso Direito, como ensina CELSO DELMANTO, para a execução desse crime, mister se faz incida o abuso sobre papel entregue ou confiado ao agente para preenchimento — caso contrário, o falso será material (*Código Penal*, anotações ao art. 299).

Art. 301 do CPP

411. Art. 301 do CPP — prisão em flagrante — *v.*

Art. 17 do CP, p. 65.

Art. 302 do CPP, p. 299.

Flagrante forjado, p. 512.

Lei n. 9.099/95 – art. 69, p. 572.

Prisão processual, p. 712.

412. Art. 301 do CPP — prisão em flagrante em crimes de ação privada ou pública condicionada

Qualquer do povo poderá, e a autoridade policial e seus agentes deverão prender quem se encontre em situação de flagrante delito (CPP, art. 301).

Não distingue a lei entre crimes e contravenções: pode haver flagrante tanto nuns quanto noutros; se a infração é daquelas de que se livre o agente solto, ou se não é caso de *lavrar* o flagrante, até por falta de pressuposto processual, isso é outra questão, a ser decidida pelas autoridades competentes, não por quem prende em flagrante.

Nada impede *a prisão* em flagrante em caso de crimes de ação privada ou pública condicionada; só que, nestes casos, para dar eficácia ao mandamento legal que supõe o exercício de vontade do ofendido para desencadear a persecução penal, o auto de prisão em flagrante só será *lavrado* se houver manifestação de quem de direito nesse sentido, dentro do prazo de 24 horas, que é aquele para a expedição da nota de culpa (CPP, art. 306)[35].

---

35. Nesse sentido, *v.* o entendimento de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, em artigo no qual invoca lições de MIRABETE e NORONHA (*Prisão em flagrante*, em *RT*, *705*:297).

Art. 302 do CPP

413. Art. 302 do CPP — prisão em flagrante dentro de residência por mera contravenção penal

Diz o art. 5º, XI, da Constituição, ser a casa o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Seria legal a prisão do agente, se, no momento em que é efetuada, está ele dentro de sua casa, e a prisão se dá não por crime, mas pela prática de mera contravenção penal?

A Constituição vigente permite o ingresso em casa alheia, de dia ou de noite, até sem ordem judicial, para prisão em caso de *flagrante delito*; não mais fala em flagrante por *crime*, como o fazia o § 10 do art. 153 da Carta de 1969. Menciona, assim, *flagrante delito*, expressão esta que, na técnica do processo penal, abrange qualquer *infração penal* (art. 302 do CPP), de forma a compreender, pois, tanto *crime* como *contravenção*, como esclarece a doutrina a respeito (*v.g.*, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, notas ao art. 301).

Se o agente está cometendo contravenção penal, pode ser preso dentro de casa; também ali pode ser preso, se a prisão ocorreu em seguida a imediata perseguição por infração penal de caráter permanente.

414. Art. 302 do CPP — prisão em flagrante — prazo de 24 horas — dia imediato

Segundo o art. 302 do Cód. de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem: *a)* está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la (*flagrante próprio*); *b)* é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (*flagrante impróprio* ou *quase-flagrante*); *c)* é encontrado, logo depois, com ins-

trumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração (*flagrante presumido*).

Exemplificativamente, assim, quem *está matando* pode ser preso por qualquer pessoa, em situação de flagrante próprio; também pode sê-lo quem acabou de disparar o revólver, matando a vítima; sua arma ainda está fumegando e a vítima acaba de expirar: o flagrante ainda é próprio (CPP, art. 302, I e II).

Embora nas demais hipóteses de flagrante (CPP, art. 302, III e IV), fale a lei em situação ou condições que *façam presumir* ser o preso o autor da infração penal, na verdade a doutrina reserva o nome de *flagrante presumido* só para a última hipótese, ou seja, aquela em que o preso é encontrado, *logo depois*, na posse de coisas que tenham ligação com o crime, e assim induzam à forte probabilidade de ser ele o autor da infração. A outra hipótese a doutrina chama da *flagrante impróprio* — ou seja, a prisão de quem é perseguido e preso imediatamente após a infração (CPP, art. 302, III).

No chamado flagrante presumido, costuma causar controvérsia o alcance das expressões *logo após* ou *logo depois*, utilizadas pelo legislador nos incs. III e IV do art. 302 do Cód. de Processo Penal: qual seria o lapso temporal durante o qual se poderia considerar que ainda é oportuna a prisão?

"Embora esta expressão [*logo depois*], no léxico, seja sinônima de *logo após*, tem-se admitido que há uma situação de fato que admite um maior elastério ao juiz na apreciação da hipótese. Considerando-se o interesse na repressão dos crimes, há maior margem de discricionariedade na apreciação do elemento cronológico quando o agente é encontrado com objetos indicativos do crime, o que permite estender o prazo a várias horas, ou, considerando-se o problema do repouso noturno, até o dia seguinte" (*Processo penal*, J. F. MIRABETE, Atlas, 1998, p. 374, que cita jurisprudência: *RT, 613*:372, *605*:334, *578*:303, *572*:294; *538*:382 e *534*:383; *JTACrim*, *66*:82, *61*:122).

"A expressão *logo depois*, constante do art. 302, IV, do Cód. de Processo Penal, apresenta elastério perfeitamente com-

preensível quando ocorra o problema do repouso noturno, que dilata, evidentemente, o prazo legal" (*RT*, *544*:384).

Art. 303 do CTB

415. Art. 303 do CTB — lesões corporais culposas na direção de veículo automotor — *v.* tb.

Art. 32 da LCP, p. 90.

Art. 129, § 6º, do CP, p. 168.

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

Se o agente comete lesões corporais culposas, na direção de veículo automotor, a infração não mais encontra capitulação no art. 129, § 6º, do Cód. Penal, e, sim, no art. 303 do Cód. de Trânsito Brasileiro, em vista do princípio da especialidade.

Suponhamos seja o réu denunciado pela infração ao art. 303 do Cód. de Trânsito Brasileiro.

Não bastará à denúncia dizer que o réu foi negligente, imprudente ou imperito, nem, em conseqüência, capitular a infração culposa. O verdadeiro fundamento da imputação tem de constar da denúncia — e como tal, a denúncia tem de descrever *o modo pelo qual o réu teria sido imprudente, negligente ou imperito, assim faltando com um dever objetivo de cuidado, que dele seria exigível nas circunstâncias*.

Para tentar desincumbir-se desse mister, em crimes culposos de trânsito, que provoquem lesões nas vítimas, algumas vezes a denúncia se contenta em dizer que o agente dirigia o veículo, embora fosse legalmente inabilitado.

Entretanto, devemos distinguir, na denúncia, o que faz parte do núcleo da imputação contravencional (LCP, art. 32) ou ao Cód. de Trânsito (CTB, art. 309), e o núcleo de uma infração por crime de lesões corporais culposas (CTB, art. 303). Para as primeiras infrações, bastará que o réu não tenha *a devida habilitação* para guiar, o que quer dizer, *habilitação legal*, aliada à ne-

cessidade de provocar perigo de dano (no caso da violação à codificação de trânsito). Mas é distinta a configuração do crime culposo (CTB, art. 303): não há coincidência de tipicidade, nem mesmo parcial.

No exemplo dado, se a denúncia se limita a atribuir ao réu, supostamente como todo fundamento de culpa, o fato de ter dirigido o veículo sem a devida habilitação, poderá até mesmo ter descrito a infração contravencional; se descreveu o perigo de dano, a denúncia ainda poderá ser apta para imputar o crime do art. 309 do Cód. de Trânsito. Mas, para que fizesse regular imputação do art. 303 do Cód. de Trânsito Brasileiro, seria preciso mais. Seria preciso que, mais do que não possuir a habilitação legal, o réu não tivesse habilitação de fato, ou, mesmo tendo habilitação de fato, no momento do acidente denotasse concreta imperícia, e, precisamente em virtude de uma ato concreto de imperícia, tivesse causado o acidente.

Como antecipamos, em tese nada impediria que o réu guiasse bem, mesmo sem ter tirado a devida permissão para dirigir ou a habilitação, ou até que guiasse mal, mas o acidente tivesse resultado por razão outra que não sua imperícia. Mas é preciso que a denúncia diga expressamente em que teria consistido, de forma concreta, a imperícia, a negligência ou a imprudência. Só em guiar sem ter carta não é o suficiente para o reconhecimento dos crimes dos arts. 302 ou 303 do Cód. de Trânsito.

Se a denúncia omitir esse cuidado, conterá imputação indiferenciada, ou seja, o mesmo fato passaria a ser usado para atribuir ao réu duas conseqüências penais, embora de tipicidade diferente. A denúncia estaria, equivocadamente, a supor sua imprudência ou sua imperícia pelo só fato de dirigir sem ter permissão ou habilitação legal para dirigir. Seria preciso descrever em que consistiu, concretamente, sua imprudência, sua negligência, ou mesmo sua imperícia. A simples perda de controle do carro, em si não é prova de culpa: poderia ocorrer, por exemplo, tanto porque o réu se distraiu (negligência); ou porque hou-

ve um defeito mecânico; ou porque não foi hábil o suficiente para fazer a curva (imperícia); ou porque estivesse em velocidade excessiva para as circunstâncias ou porque tentasse fazer alguma manobra arriscada (imprudência). Para imputar-lhe culpa, mister seria que a denúncia se detivesse no fundamento da culpabilidade *stricto sensu*.

416. Art. 303 do CTB — concurso material com o art. 32 da LCP ou com o art. 309 do CTB — *v.* tb.

Art. 32 da LCP, p. 90.

Concurso aparente de normas, p. 423.

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

A absorção da infração do art. 32 da Lei de Contravenções Penais pelo crime do art. 303 do Cód. de Trânsito Brasileiro não é possível nem justa, do mesmo modo que não o seria a absorção da infração do art. 303 pela do art. 309, do Cód. de Trânsito Brasileiro.

Absorção seria possível se *para cometer as lesões corporais culposas, o réu tivesse de dirigir sem habilitação*, ou se, *apenas e exclusivamente por dirigir sem habilitação, estivesse também sendo acusado das lesões corporais culposas que provocou*.

No caso, porém, trata-se de dois comportamentos independentes. O agente poderia não ser habilitado legalmente a dirigir e envolver-se num acidente, mas sem ter culpa alguma; assim como também poderia ter habilitação legal e provocar um acidente culposo. Mas, se além de não ter habilitação, o réu teve culpa no acidente, teremos fatos e imputações independentes.

Suponhamos que o crime culposo tenha sido imputado ao réu pela imprudência de dirigir na contramão de direção em via de grande movimento, assim provocando o acidente. Isso nada teria a ver com o fato de não ter habilitação legal para dirigir, até porque poderia ser habilitado e, mesmo assim, estar trafegando na contramão. Nem a inabilitação legal é necessariamente imperícia. Alguém com a carta vencida há anos poderia ter perícia,

mas ser inabilitado, assim como poderia ter habilitação legal, mas fazer manobra imperita. São coisas distintas.

Como no caso a contravenção não constitui circunstância elementar nem qualificadora do crime culposo, nem o comportamento contravencional é meio necessário ou normal para a execução da infração mais grave, não há falar em absorção nem consunção entre uma e outro (nesse sentido, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Questões criminais*, 2ª ed., p. 149; ainda: *JTACrim*, *95*:114, *86*:214, *80*:342; *RT*, *596*:366, *593*:351, *578*:360). Do mesmo modo, há independência lógica entre os crimes dos arts. 302 ou 303 do Cód. de Trânsito Brasileiro, e o crime do 309 do mesmo diploma legal.

Não há um *bis in idem* em reconhecerem-se ditas infrações com base em fatos distintos e independentes.

417. Art. 303 do CTB — crime culposo mais grave que o doloso — *v.* tb.

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

O art. 303 do Cód. de Trânsito Brasileiro sanciona as lesões corporais culposas no trânsito com o dobro da pena das lesões corporais dolosas comuns, previstas no art. 129 *caput* do Cód. Penal. Isso viola o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas, por levar ao absurdo de punir mais gravemente aquele que não quis ferir a vítima do que quem a feriu deliberadamente.

Art. 304 do CTB

418. Art. 304 do CTB — omissão de socorro — *v.* tb.

Art. 135 do CP, p. 172.

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

A figura do art. 304 do Cód. de Trânsito Brasileiro não se aplica nem aos casos de homicídio culposo nem de lesões corporais culposas, de que cuida a mesma lei, pela bastante razão de

que, nestas infrações, a omissão de socorro já é causa expressa de aumento de pena (arts. 302-3); assim, só se aplica em caso de atropelamento sem culpa, com omissão de socorro.

Art. 305 do CTB

419. Art. 305 do CTB — fuga do local do acidente — *v.* tb.

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

O art. 305 do Cód. de Trânsito Brasileiro faz punir o condutor por fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Ora, como bem observou SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA (*Boletim do IBCCrim*, *61*:3, dez. 97), supondo não tenha o condutor agido nem com dolo nem com culpa penal, a lei penal não poderia erigir a crime fugir à responsabilidade meramente *civil*, porque estaria indiretamente burlando a vedação constitucional que em regra proíbe prisão civil por dívida (CF, art. 5º, LXVII).

Art. 307 do CP

420. Art. 307 do CP — falsa identidade — *v.*

Art. 186 do CPP, p. 264.

Art. 307 do CP (caráter subsidiário), p. 311.

Art. 308 do CP, 311.

421. Art. 307 do CP — dados falsos de identidade fornecidos pelo réu — quando é crime — *v.* tb.

Art. 307 do CP (quando da prisão), p. 306.

Art. 307 do CP (quando do interrogatório), p. 308.

Suponhamos duas hipóteses: ***a)*** o agente, já procurado pela Justiça (contra quem haja mandado de prisão a cumprir), se vale de falsa identidade para evitar sua prisão; ***b)*** o agente se

apresenta com falsa identidade *em interrogatório criminal* a que responda pela prática de outro crime.

Embora em ambas as situações acima a jurisprudência se divida a respeito de criminalizar ou não a conduta do agente[36], na verdade acreditamos seja possível distinguir as hipóteses.

Em síntese, no primeiro caso (falsa identidade para evitar a prisão), inexistindo direito do réu de opor-se à prisão legalmente decretada, tem-se admitido que em tese cometa crime de falsa identidade (nesse sentido, JÚLIO MIRABETE, *Manual de direito penal*, III/272, ed. Atlas, 1991; *RT*, *561*:339; *RJTJSP*, *71*:321 e *14*:454; *JTACrim*, *55*:242 e *44*:169). Nesse primeiro exemplo, só não cometeria o réu tal crime caso se limitasse a *calar-se* (CF, art. 5º, LXIII) ou a *não desmentir* dados falsos de identidade, desde que não se atribuísse a falsa identidade. Já na segunda hipótese (dados falsos oferecidos no interrogatório), o sistema brasileiro não sanciona a mentira do réu; por isso, não há distinguir se a mentira versa o fato principal a ele imputado, ou aos dados de sua identidade.

422. Art. 307 do CP — dados falsos de identidade fornecidos pelo réu quando da prisão — *v.* tb.

Art. 307 do CP (distinção das hipóteses), p. 305.

Art. 307 do CP (quando do interrogatório), p. 308.

Num precedente em que oficiamos no foro paulista, o réu estava sendo acusado por ter fornecido dados falsos de identidade quando abordado pela polícia, pois sabia que havia mandado de prisão expedido contra ele. Com a falsa identidade que se atribuiu, visava a obter o proveito próprio de *impedir sua prisão*, ou seja, obstar à justa e esperada ação policial, que seria efetivada em proveito da coletividade. Está aí o elemento subjetivo específico, exigido pelo tipo penal. Mas, ao assim fazer, estaria o réu acobertado pela regra de direito de que *nemo tenetur se detege-*

---

36. *V.g.*, CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, notas ao art. 307.

re (brocardo jurídico que, vez ou outra, é lembrado como *nemo tenetur contra se facere*, ou *nemo tenetur se ipsum accusare*)?

É verdade que, em nosso sistema jurídico, ninguém é obrigado a denunciar-se; por isso, tendo o réu mandado de prisão contra ele, não seria obrigado a dizer seu nome verdadeiro e, com isso, denunciar-se; para isso, a Constituição lhe assegurava o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Mas o direito ao silêncio o réu só o invocou *depois* de identificar-se falsamente.

É ainda verdade que nosso Direito tolera que, acusado, alguém possa mentir em sua própria defesa, tanto que só se incrimina o falso testemunho e a auto-acusação falsa (CP, arts. 341-2); também é certo que não se pune a fuga do preso sem violência a pessoa (CP, art. 352). Entretanto, essas regras não trazem um *bill* de indenidade a favor de quem tudo faça em sua própria defesa, ainda que instintiva.

Por isso que, com toda a razão, MIRABETE obtempera: "Também já se tem defendido a tese de que não há o crime [do art. 307 do CP] quando o agente se apresenta com falsa identidade ao ser preso, invocando-se nesse caso a autodefesa legítima (*RT*, *228*:71, *511*:402, *512*:393, *576*:396; *JTACrim*, *71*:365) ou a inexistência de vantagem (*RT*, *561*:361). Aqui, porém, a situação é diversa da anterior, pois, se permite a lei a mentira na qualificação ou interrogatório (atos processuais), e a fuga, num instinto de defesa, não torna lícita a conduta quando se destina a evitar uma prisão *regular* (*RT*, *561*:339; *RJTJSP*, *14*:454, *71*:321; *JTACrim*, *44*:169, *55*:242)" (*Manual de direito penal*, vol. 3, n. 12.2.4, p. 272, 5ª ed., Atlas, 1991).

Há divergência jurisprudencial sobre se constitui crime de falsa identidade fornecer dados próprios incorretos para evitar a própria prisão[37]. O entendimento de que não se trata de

37. *V.g.*, *RT*, *532*:414, m.v.; no sentido de que não há imunidade penal para quem mente sobre sua qualificação, *v. RJDTACrim*, *33*:102 (rel. Evaristo dos Santos), 11/88 (rel. Émeric Levai); *RT*, *603*:341 (rel. Dante Busana).

crime é compreensível. Como é natural e até instintivo que a pessoa livre queira evitar a própria prisão, não raro se encontra benevolência nos julgados que afirmam inexistir o crime em questão.

Entretanto, insistimos na necessidade de fazer a aludida distinção. Se, acusado de um crime, o réu mente para defender-se, não está cometendo falso testemunho, pois não é testemunha, e o sistema jurídico brasileiro não sanciona a mentira do réu. Coisa diversa, porém, é estender um manto de impunidade sobre todos os fatos que uma pessoa possa praticar para acobertar outros crimes. Assim, se falsifica documentos e os usa para burlar os agentes da lei e assim evitar sua prisão; se resiste à prisão legal; se, assim preso, foge com violência à pessoa — por todos esses fatos, pois mais naturais e instintivos que também sejam, por eles responderá, como crimes que são.

Do mesmo modo o caso em análise. Não se pode admitir que exista o *direito* de atribuir-se falsa identidade, para subtrair-se à prisão regularmente decretada pelo Estado, sob pena de termos de negar exista o *direito* do Estado de prender licitamente a pessoa contra qual foi expedido regular mandado de prisão. Existe, sim, o natural interesse, humano, compreensível, internamente irreprimível muitas vezes, de buscar a liberdade. O que não quer dizer o possa fazer licitamente, à custa da violação de outros bens jurídicos preservados pelo ordenamento positivo (nesse sentido, *RJDTACrim*, *15*:87; *JTACrim*, *83*:67, *44*:169, *81*:386, *78*:415; *RT*, *561*:339, *556*:340; *RJTJSP*, *71*:321). Assim, não está o agente autorizado a cometer crimes para assegurar esse interesse.

423. Art. 307 do CP — falsa identidade em interrogatório de réu já preso — *v.* tb.

Art. 186 do CPP, p. 264.

Art. 307 do CP (distinção das hipóteses), p. 305.

Art. 307 do CP (quando da prisão), p. 306.

Tivemos caso em que o agente não fornecera dados falsos de qualificação para *impedir a sua prisão* (pois no momento em que o fez ele já estava preso e já estava sendo autuado em flagrante), e sim *para não serem conhecidos seus antecedentes*. A prova era incontroversa no sentido de que, já preso, ao ser lavrado o flagrante contra ele, o réu se apresentara com identidade falsa à autoridade policial.

O que restava discutir é se, assim o fazendo, o réu estaria acobertado pela regra de direito de que *nemo tenetur se detegere* (brocardo também lembrado como *nemo tenetur contra se facere*, ou *nemo tenetur se ipsum accusare*).

A nosso ver, é preciso distinguir duas hipóteses: *a)* o réu mente para *evitar uma prisão legítima*; *b)* o réu, *em interrogatório criminal, mente para ocultar antecedentes*[38].

No caso, o réu não fornecera dados falsos para *evitar* a própria prisão, pois preso já estava; só os dera para evitar fosse *reconhecido* em razão de seus antecedentes. Tratava-se do fornecimento de dados falsos apresentados por acusado de crime, que estava sendo submetido a interrogatório pela autoridade competente. Mas a lei não incrimina a mentira do acusado na qualificação ou respectivo interrogatório, nem a mentira sobre o mérito de seu depoimento.

Desde que acusado de crime, nosso Direito admite possa o réu mentir para defender-se, ainda que o faça para ocultar a própria identidade ou divagar sobre o próprio objeto da inquirição.

Acolhendo um precedente exatamente igual a este, em que o réu, já preso, mentiu sobre a própria identidade em seu interrogatório, o Tribunal de Alçada Criminal paulista entendeu ser o fato atípico (Ap. 1.064.715-6, rel. Pires Neto, j. 11-12-97; Rec. Sent. Estr. 1.089.867-1, rel. Rui Stoco; no mesmo sentido, cf. *RT*, *512*:393, *608*:352; *JTACrim*, *36*:250).

---

38. A propósito, *v.* verbete *Art. 307 do CP* (hipóteses), p. 305.

Para registro, deve ficar consignado que, em sentido contrário ao que vimos expondo, também existem julgados, que se baseiam no fundamento de que a Constituição assegura ao Estado o direito à identificação civil ou criminal do suspeito (CF, art. 5º, LVIII). Cf. *JTJSP*, *170*:288, *163*:135, *154*:285, *146*:304; *RT*, *561*:339, *536*:340; *HC* n. 72.377-2/SP, STF, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, 30-6-95, p. 20.409; *RJDTACrim*, *18*:66, *15*:87, *11*:88, *4*:104.

424. Art. 307 do CP — dados falsos de identidade fornecidos pelo réu, como testemunha, em ocorrência policial — *v.* tb.

Art. 307 do CP (distinção das hipóteses), p. 305.

Art. 307 do CP (quando da prisão), p. 306.

Art. 307 do CP (quando do interrogatório), p. 308.

Há anos, no foro paulista, analisamos o caso de um réu que, ao comparecer como testemunha de uma ocorrência policial envolvendo terceiro, apresentara-se com identidade falsa. A sentença o absolvera, entendendo ter havido mera tentativa inidônea; no caso, parece-nos invocar teses contraditórias, pois, se o réu não teria agido com dolo específico, como se pretendeu na sentença, não poderia ter tentado cometer o crime do art. 307 do Cód. Penal, que, sobre ser doloso, ainda exigiria dolo específico, e a tentativa, ainda que inidônea, não dispensaria o elemento subjetivo do tipo. De outro lado, tratando-se de crime formal, a falsa identidade consumara-se no momento em que os dados falsos foram fornecidos, e o réu fornecera dados falsos de identidade à autoridade policial, mantendo-a em erro. O fato de ter sido desmentido bem depois, pela autoridade policial, não elidiria a consumação do crime, muito antes ocorrida...

O dolo específico, no caso do art. 307 do Cód. Penal, consiste em atribuir, a si próprio ou a terceiro, falsa identidade,

para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem [39].

425. Art. 307 do CP — falsa identidade — elemento de crime mais grave — *v.* tb.

Art. 307 do CP, p. 305.

Concurso aparente de normas, p. 423.

Segundo o art. 307 do Cód. Penal, na falsa identidade, a pena será de detenção ou multa, *se o fato não constitui elemento de crime mais grave*. Com isto quer dizer que o crime de falsa identidade é subsidiário, ou seja, deixará de ser punido se a falsa identidade for circunstância elementar de crime mais grave (como se o agente se valer dela para praticar, *v.g.*, estelionato ou posse sexual mediante fraude).

Art. 308 do CP

426. Art. 308 do CP — falsa identidade — concurso de pessoas — *v.* tb.

Art. 29 do CP (norma de extensão), p. 84.

Art. 307 do CP (distinção das hipóteses), p. 305.

Atuamos num caso forense em que o Promotor de Justiça da comarca denunciara duas pessoas pelo crime do art. 308 do Cód. Penal: o réu, porque, ao ser abordado por policiais em fiscalização de rotina, exibira carteira de identidade de terceiro, apresentando-se como se fosse esta pessoa, enquanto sua companheira, a ré, confirmava aos policiais a falsa identidade do primeiro. Fora o primeiro condenado, em sentença definitiva, e a segunda absolvida, em decisão objeto de impugnação recursal da acusação.

---

39. O caso acabou sendo decidido em conformidade com nosso parecer (Ap. 1.044.015 – Capital, TACrim).

Ao contrário do crime do art. 307 do Cód. Penal, que consiste em *atribuir-se ou atribuir a terceiro a falsa identidade*, o crime do art. 308, pelo qual ambos os réus tinham sido denunciados, só se configura com o *uso, como próprio, do documento de identidade alheia, ou com sua cessão para uso alheio*.

Na figura do crime do art. 308 do Cód. Penal, há duas ações típicas para a falsa identidade ali prevista: *a)* "*usar, como próprio, qualquer documento de identidade alheia*"; *b)* "*ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro*".

Ora, quem efetivamente *usou* a cédula de identidade de terceiro, foi o co-réu, e por isso fora ele condenado. Quanto à ré, porém, não *usou* nem há qualquer prova de que tivesse *cedido* o documento ao amásio; além disso, não havia sequer imputação a ela no sentido de que tivesse usado o documento ou cedido seu uso ao co-réu.

Assim, como a ré não ingressou diretamente na esfera de tipicidade do art. 308 do Cód. Penal — única infração que lhe fora imputada na denúncia —, só poderia ser punida se pudesse ser alcançada pela norma de extensão prevista no art. 29 do mesmo estatuto penal: *quem, de qualquer modo, concorre para o crime*. Em tese, como não se trata de crime *de mão própria*, seria possível a co-autoria ou co-participação no delito do art. 308 do Cód. Penal.

No caso, portanto, o núcleo da questão consistia em saber se a ré *concorrera para o crime*. Não há dúvida de que seria alcançada pela norma do concurso de pessoas, se tivesse induzido ou instigado o co-réu a usar o documento alheio, ou se tivesse ajudado o réu a obter o documento, sabendo que se destinava a tal uso indevido. Com razão ensinou RIBEIRO PONTES: "*se o documento usado pelo agente é fornecido por outrem e pertence a terceiro, há a considerar ser o fato do conhecimento ou não desse terceiro. Na primeira hipótese é ele co-autor*" (*Código Penal Brasileiro*, 10ª ed., Freitas Bastos, p. 467).

Em tese, portanto, mesmo que não se tenha ingressado diretamente no campo da tipicidade, as regras do concurso de agentes cobrem a conduta de quem *de alguma forma tenha concorrido para sua execução*. O art. 29 do Código Penal é uma verdadeira *norma de extensão da punibilidade,* para nos valermos de expressão consagrada de GIUSEPPE BETTIOL, pois, para incriminar atividades que não caibam diretamente dentro da descrição do tipo, desde que se parta de uma noção restritiva de autor, "são necessárias normas particulares que alarguem a esfera da incriminabilidade da norma principal a comportamentos que, por si mesmos, não caberiam nela, mas que, no entanto, se apresentam sempre como merecendo punição" (*Direito penal*, III/220-1, Coimbra, 1973). No mesmo sentido é a lição de CESARE PEDRAZZI sobre a norma de extensão da *fattispecie*: "os que cooperam fora da realização típica se equiparam ao autor por força de norma especial da parte geral do Código, que tem, como diz BETTIOL, função integradora e é propriamente norma extensiva da punibilidade" (*Il concorso di persone nel reato*, p. 32).

Assim, e novamente em tese, mesmo que a ré não tivesse ingressado diretamente no campo da tipicidade (não foi ela quem física ou materialmente usara o documento de terceiro ou cedera esse documento a uso), poderia ser acusada e eventualmente condenada como co-autora do crime.

No caso, porém, as provas não indicavam ter ela *concorrido de alguma forma para que o co-réu usasse o documento de terceiro*. Apenas, quando o co-réu apresentara como próprio o documento de identidade de terceiro, a ré *passara a confirmar os dados falsos fornecidos pelo amásio*.

Até aí, estamos no campo moral, da reprovabilidade à mentira. Entretanto, no campo jurídico, e, mais ainda, penal, não havia imputação alguma no sentido de que a ré tenha concorrido para o crime já praticado pelo companheiro. Assim, a ação da ré não mantinha, no caso, relação de causalidade com o resultado penalmente relevante, que aliás já tinha ocorrido anteriormente ao seu comportamento, penalmente indiferente (art. 13 do CP).

Em suma, na hipótese do art. 308, não se configura o crime de falsa identidade, por concurso de pessoas, quando o agente se limita a *confirmar* a falsa identidade de terceiro. Trata-se de conduta não alcançada pela norma extensiva da punibilidade do art. 29 do Cód. de Processo Penal. Não havendo relação de causalidade entre a ação e o resultado penalmente relevante, era mesmo caso de absolvição[40].

Art. 310 do CPP

427. Art. 310 do CPP — liberdade provisória — oitiva do Ministério Público — *v.* tb.

Ministério Público (oitiva), p. 653 e s.

O art. 310 *caput* do Cód. de Processo Penal assegura seja o Ministério Público ouvido pelo Juiz antes da concessão da liberdade provisória, *quando o Magistrado verifique ter ocorrido alguma causa de exclusão de ilicitude* (a remissão ao art. 19 do CP, contida no art. 310 do CPP, corresponde hoje ao art. 23 do CP, em vista da Reforma de 1984). Seu parágrafo único manda seja assegurado igual procedimento *quando o juiz verifique a inocorrência de qualquer hipótese que autorizaria a prisão preventiva*.

Se o Juiz deixa de ouvir previamente o Ministério Público e concede liberdade provisória a réu preso em flagrante, terá havido nulidade da decisão recorrida, porque ferido o princípio *audiatur et altera pars* — ou seja, o próprio princípio do contraditório (art. 564, III, *d*, do CPP)?

Não nos parece haja nulidade no caso. O que entendeu o Grupo de Trabalho designado pela Procuradoria-Geral de Justiça para apreciar a Lei n. 6.416/77 é que, *no caso de prisão em flagrante, deverá o Ministério Público manifestar-se sempre sobre a concessão da liberdade provisória prevista no parágrafo único do art.*

---

40. Cf. nosso parecer publ. em *Justitia*, *173*:96, acolhido na Ap. 983.355-9-TACrim.

310 do Cód. de Processo Penal (*Justitia*, *99*:525). Ora, oportunidade para isso é que não pode faltar, e o Promotor de Justiça normalmente a tem quando toma ciência da comunicação do flagrante, e pode dizer o que entenda a bem de seu mister; ele ainda a tem quando receba os autos do inquérito policial com o auto de prisão em flagrante e dá a denúncia, quando deve manifestar seu posicionamento a respeito de manter-se ou não a prisão processual. Se expressa ou tacitamente inclinou-se pela manutenção da custódia processual, sua oportunidade de falar resta inteiramente preservada. Por isso que se recomenda que, entendendo deva ser mantida a prisão em flagrante, porque presentes os requisitos que autorizariam a prisão preventiva, deve o membro do Ministério Público lançar de plano essas suas considerações quando toma ciência da comunicação do flagrante, ou quando da cota que oferece juntamente com a denúncia, para evitar que, quando do interrogatório, entendendo o Juiz não ser caso de prisão processual, relaxe o flagrante sem que tenha o titular da ação dito uma palavra sobre a conveniência de manter-se a custódia processual do réu. Mas se, mesmo nesses casos, o Promotor nada disser a respeito da conveniência de manter-se a custódia processual, no caso não terá sido por falta de oportunidade processual.

Art. 312 do CP

428. Art. 312 do CP — peculato — *v.*

Art. 169 do CP, p. 245.

429. Art. 312 do CP — peculato *versus* apropriação indébita — *v.* tb.

Art. 169 do CP, p. 245.

Como o tipo do art. 312 do Cód. Penal fala em recebimento da coisa de que se tem posse “em razão do cargo”, a doutrina e a jurisprudência acertadamente têm entendido que essa

posse deve dar-se *ratione officii*, e não apenas *contemplatione officii* (*RTJ*, *102*:1090).

"Se na apropriação indébita a coisa é confiada ou entregue voluntariamente, no peculato a posse ou detenção resulta da confiança imposta por lei como indispensável ao cargo público exercido pelo agente. Assim, se confio particularmente dinheiro ao meu vizinho e amigo Tício, que é fiel de tesoureiro na repartição do *Imposto de Renda*, para que pague aí meu débito fiscal, e ele se apropria da quantia, há apropriação indébita, e não peculato. A confiança, deve merecê-la o agente, não por sua qualidade genérica de funcionário público, mas porque titular do cargo que o torna competente, na ocasião, para o recebimento e conseqüente posse" (NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, IX, notas ao art. 312, n. 135, p. 338, ed. Forense, 1958).

430. Art. 312 do CP — peculato *versus* apropriação indébita em prejuízo de sociedade de economia mista — *v.* tb.

Art. 169 do CP, p. 245.

Só é empresa pública aquela que tem capital exclusivo do Estado, cf. Dec.-Lei n. 200/67, com as alterações do Dec.-Lei n. 900/69 e legislação subseqüente. Já sociedade de economia mista, consoante a mesma legislação, é aquela criada por lei, cujo controle acionário é do Estado.

Sendo a vítima de crime patrimonial uma sociedade de economia mista (criada em lei, tendo o Estado seu controle acionário), tem tratamento jurídico das empresas privadas (art. 173, § 1º, da CF) e foro na Justiça comum (*RJTJSP*, *124*:50, *112*:306, *106*:167; *RTJ*, *104*:1233; cf. Súms. 517 e 556-STF). Em relação a ela não se aplica, pois, a jurisprudência que reconhece a presença de peculato, quando a vítima do alcance patrimonial é empresa pública e o agente é seu empregado, tido como funcionário público, para fins penais (*RTJ*, *103*:869).

Assim, se o alcance patrimonial é feito por empregado de sociedade de economia mista, em tese o crime será de apropriação indébita e não de peculato.

Art. 316 do CP

431. Art. 316 do CP — concussão — *v.* tb.

Art. 158 – extorsão, p. 232.

No crime de concussão, o agente, considerado funcionário público para fins penais, em razão direta ou indireta da função pública por ele exercida, exige do sujeito passivo (o particular) uma vantagem indevida. Se não há *exigência* da vantagem, mas mera *solicitação*, poderá haver corrupção passiva, não concussão.

Art. 321 do CP

432. Art. 321 do CP — advocacia administrativa — *v.* tb.

Advogado, p. 42.

Segundo o art. 321 do Cód. Penal, consiste o crime de advocacia administrativa em *patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário* — infração esta que será qualificada se o interesse for *ilegítimo*.

Há anos, examinamos um caso forense em que o mesmo fato que servira de base para a imputação de prevaricação, estava sendo imputado ao réu como crime de advocacia administrativa. Não só por evidenciar-se concurso aparente de normas, mas principalmente por falta de tipicidade, não vimos como pudesse ser recebida a denúncia pela segunda infração. *Patrocinar* um interesse supõe que o funcionário defenda interesse de outrem perante a administração; supõe que o defenda como se advoga-

do ou procurador fosse; supõe que o defenda *perante autoridade capaz de deferir ou indeferir a pretensão*.

Ocorre que, no caso, o réu era a própria autoridade capaz de deferir ou indeferir a pretensão do particular. Embora em doutrina haja quem sustente que o delito em exame possa ser cometido na forma direta quando *o próprio funcionário age para a obtenção da realização do interesse de terceiro* (*v.g.*, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*), a expressão *patrocinar*, em sentido técnico e até mesmo etimológico, coincide com a ação ou atuação de procurador, que acompanha ou defende uma das partes (DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*). No caso, mais do que agir para que terceiro obtivesse êxito perante a administração, mais que *patrocinar* seu interesse, o réu o deferiu diretamente, o que já encontrou enquadramento na denúncia em outra figura penal, sendo inviável, pois, seu recebimento pelo crime do art. 321 do Cód. Penal[41].

Art. 327, § 1º, do CP

433. Art. 327, § 1º, do CP — funcionário público

Diz o art. 327, § 1º, do Cód. Penal, que se equipara a funcionário público quem exerça cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Tal equiparação diz respeito ao *sujeito ativo do crime*, e não ao *sujeito passivo*: não fosse assim, e tal norma deveria figurar como disposição geral do Título XI do Cód. Penal, e não apenas de seu Capítulo. A melhor orientação jurisprudencial e doutrinária é, pois, a de que a norma de extensão do art. 327, § 1º, do Cód. Penal, só se aplica *ao sujeito ativo de delitos*. Em outras palavras, se um dirigente de estatal, por exemplo, comete crime con-

41. No Rec. em Sent. Estr. n. 1.046.297/1, o TACrim deu provimento à inconformidade nos termos do parecer ministerial, para o fim de receber a denúncia, somente em relação ao crime de prevaricação, afastado o crime de advocacia administrativa (acórdão de março de 1997).

tra a administração pública, enquanto sujeito ativo do delito, será considerado funcionário público; se, porém, for vítima do crime, não há razão para tal extensão (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 327, ed. Saraiva, 1994; *RTJ*, *118*:328, *RT*, *606*:444; no mesmo sentido: HUNGRIA, *Comentários*, IX/401-4; DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 327; *v.* ainda, nesse sentido, *Justitia*, *171*:182 e s.).

Art. 329 do CP

434. Art. 329 do CP — resistência — *v.*

Art. 157 do CP (roubo *versus* resistência), p. 226.

Art. 329 versus *157 do CP*, p. 320.

435. Art. 329 do CP — resistência passiva

Constituiria crime do art. 329 do Cód. Penal a chamada *resistência passiva*, como aquela que ocorre quando o indivíduo, para não ser preso, recusa-se a entrar numa viatura policial, deita-se no chão ou segura-se a um poste?

Tem-se entendido inexistir o crime do art. 329 quando não haja *comportamento agressivo* do agente contra o funcionário (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 329).

E se o réu, para evitar ser preso, tivesse *segurado* no braço de um policial? Estaria aí a resistência ativa, que tipifica o crime, ou a mera e atípica resistência passiva? A nosso ver, o ato tem de ser examinado dentro das circunstâncias, pois tanto uma velhinha pode segurar no braço de um policial para atravessar uma rua, como um ladrão pode segurar o braço do policial, para impedir sua prisão.

O tipo do art. 329 do Código Penal exige *violência ou ameaça*. Violência é a *vis corporalis*, que, sem dúvida, pode existir na ação de quem *contém* os membros de outra pessoa.

Sem efetiva violência ou ameaça, não há falar em crime de resistência. Poderemos ter até outros tipos penais, como, sem

sair do contexto em exame, até mesmo a desobediência ou o desacato, mas não o crime de resistência.

Se da prova não se apurar que o agente tenha manifestado qualquer comportamento agressivo ou violento contra a pessoa dos policiais, o *non liquet* será a solução mais segura para um fato que não terá assumido maiores proporções.

436. Art. 329 do CP — desnecessidade de prévia e formal voz de prisão

"Para a tipificação do crime de resistência, manifestamente não se faz mister haja o agente previamente recebido qualquer forma de *voz de prisão*" (*RT*, *675*:359).

Art. 329 *versus* art. 157 do CP

437. Art. 329 *versus* art. 157 do CP — resistência *versus* roubo — *v.* tb.

Art. 157 do CP (roubo *versus* resistência), p. 226.

Art. 329 do CP, p. 319.

Em caso de subtração patrimonial não violenta, seguida de violência para assegurar a posse da *res* ou a fuga do agente, às vezes surge controvérsia sobre a qualificação jurídica dos fatos: se roubo impróprio ou se furto seguido de lesões corporais ou resistência.

Para haver roubo impróprio (subtração patrimonial sem violência ou grave ameaça, que vêm a ser empregadas posteriormente à subtração da coisa), é indispensável que não tenha havido um roubo próprio anterior.

Em outras palavras, só haverá roubo impróprio se a subtração antecedente já não contou com violência ou grave ameaça para ser obtida, ou seja, o mesmo roubo não pode ser próprio e impróprio ao mesmo tempo, porque ambos supõem circunstâncias antitéticas. O roubo próprio é o furto agravado pela violência ou grave ameaça contra a pessoa (art. 157 *caput* do CP); mas,

para que o roubo seja próprio, é necessário que o meio violento ou intimidativo sejam empregados desde o início ou concomitantemente com a subtração. Se, porém, a violência ou a grave ameaça são posteriores à subtração, já efetuada, há que distinguir: *a)* se a violência é posterior a uma subtração não violenta (p. ex., furto seguido de violência), aí teremos o roubo impróprio (art. 157, § 1º, do CP); *b)* se a violência ou a grave ameaça são posteriores a uma subtração já violenta, a violência posterior será delito autônomo.

Com efeito, no roubo impróprio, o legislador resolveu *agravar* a situação daquele que, tendo cometido uma subtração sem violência, *clam et occulte*, vem a intensificar seu comportamento anti-social pelo subseqüente emprego de *vis corporalis*, *vis compulsiva* ou *vis anima illata* (violência ou grave ameaça), para assegurar a posse da coisa ou a própria impunidade (cf. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII, p. 56, ed. 1967). Não cogitou a lei, ao contrário, de *beneficiar* a situação de quem, tendo já empregado violência na subtração, ainda vem a usá-la novamente *depois* de ter subtraído a *res*, agora para assegurar a própria impunidade; nem foi objetivo da lei assegurar um *bill* de indenidade para toda a violência subseqüente a um apossamento patrimonial já violento. Por isso que, no caso de furto seguido de violência, teremos roubo impróprio; mas, no caso de roubo próprio seguido de novas violências, teremos roubo próprio em concurso com o outro crime correspondente à violência.

Se, portanto, a ação do infrator, resistindo à intervenção da polícia e evitando a própria prisão, ocorreu muito tempo depois da subtração da *res*, quando com ela procurava fugir, configurado resulta o delito do art. 329 do Cód. Penal (*RT*, 577:389-TACrim). Ou, como já se decidiu em outro julgamento, "a resistência que se seguiu ao roubo próprio não se insere na violência no tipo, nem pelo princípio da consunção, nem da subsunção" (Ap. n. 102.501-SP-TACrim, j. 15-4-75). Com efeito, não ocorre *consunção*, porque não se trata de fato previsto em uma norma, que esteja *compreendido* em outra de âmbito maior (como seria

no caso da lesão corporal e do homicídio), pois a violência posterior à subtração da coisa, no roubo próprio, não é nem momento nem condição do crime, que não supõe violência posterior à subtração; também não se pode dizer que a resistência seja delito *subsidiário* com relação ao roubo próprio, pois tal assertiva só é válida para a figura do roubo impróprio.

Art. 330 do CP

438. Art. 330 do CP — desobediência — penalidade administrativa ou civil não cumulada com a penal

A desobediência é um delito residual, ou seja, em regra somente se pune, a título de desobediência, o desatendimento a ordens legais de funcionários públicos *se para esse desatendimento não houver nenhuma outra sanção de natureza civil ou administrativa*. Apenas quando a própria lei ressalva a dupla aplicação de sanções (p. ex., sanção administrativa sem prejuízo da desobediência), é que será possível cumular a sanção penal com penalidades de outra natureza (como à testemunha faltosa, no processo crime, cf. art. 219 do CPP).

"Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame [CP, art. 330], salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 do Cód. Penal (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do CPP, está sujeita não só ao pagamento de multa e das custas da diligência da intimação, como a *processo penal por crime de desobediência*)" (ALBERTO SILVA FRANCO & AL., *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, art. 330; NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 330; *RT, 572*:355, *538*:361, *524*:332, *516*:345, *487*:339, *409*:317; *RJTJSP*, *61*:328).

Por isso, "para a configuração do delito de desobediência, não basta a fato material do não-cumprimento da ordem legal dada pelo funcionário competente. É indispensável que, além

de legal a ordem, não haja sanção especial para o seu não-cumprimento” (*RT*, *399*:283).

Dessa forma, por exemplo, se o concordatário deixa de apresentar em juízo os livros e documentos da empresa, sujeita-se à decretação da quebra ou à rescisão da concordata, e não ao crime de desobediência (*JTACrim*, *46*:353); se a parte viola penhora ou emissão na posse, comete atentado, e não crime de desobediência (*JTACrim*, *71*:81; *RT*, *558*:319); se a própria parte deixar de atender à intimação judicial, será conduzida coercitivamente, não respondendo por crime de desobediência, ao contrário do que ocorreria com a testemunha faltosa (*RT*, *601*:349, *576*:395, *543*:370, *543*:366; *JTACrim*, *67*:185).

439. Art. 330 do CP — desobediência — ausência de prestação de contas de tutor

Se o tutor ou curador de menores por ele representados deixa de prestar contas do cumprimento de um alvará judicial para venda de bens de menores, estará cometendo o crime de desobediência?

Essa sua atitude, potencialmente danosa para os menores, já encontra sanção civil própria: de um lado, está sujeito à tomada de contas pelos legítimos interessados, entre os quais o Ministério Público (CPC, art. 914, II); de outro lado, está ainda sujeito à remoção da tutela ou curatela (CPC, art. 1.194) ou até mesmo à suspensão do pátrio poder (CC, art. 394), sem prejuízo de crimes mais específicos que possam ter ocorrido, como apropriação indébita, por exemplo (CP, art. 168, § 1º, II).

Desta forma, no caso, faltaria justa causa para imputar-lhe o delito residual de desobediência.

440. Art. 330 do CP — desobediência — não-atendimento a ordem de pare, em matéria de trânsito

Existe divergência na doutrina e jurisprudência a propósito de constituir ou não crime de desobediência a hipótese em

que haja recusa de atendimento a ordem de policial em serviço de trânsito, como para que o fiscalizado pare o veículo e se submeta à fiscalização.

Havendo ordem legal e expressa de policial para a parada, ordem esta de que teve conhecimento o agente, mais correto se nos afigura o entendimento de que há crime na recusa em atender ordem (*JTACrimSP*, *70*:254, *RT*, *634*:270, *591*:390), na esteira de ensinamento de MIRABETE (*Manual de direito penal*, v. III, n. 14.3.4, p. 351, 5ª ed., 1991). Mais do que desobedecer o agente a um sinal genérico de trânsito (um semáforo, uma faixa, uma placa), no caso desatende ostensivamente uma ordem policial específica, a ele dirigida, destinada ao zelo do interesse da coletividade, que pode ser toda razoável nas circunstâncias, e o faz não raro com o propósito apurado de impossibilitar o exercício das funções da autoridade que legitimamente pretendia fiscalizá-lo, ou com o propósito de minimizá-las.

441. Art. 330 do CP — desobediência — sujeito ativo — funcionário público — razoabilidade da conduta

Embora esteja o crime de desobediência inserido entre os crimes praticados *por particular* contra a administração em geral, tem entendido a doutrina que pode ser sujeito ativo da infração do art. 330 do Cód. Penal até mesmo o funcionário público, desde que aja como particular (CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 330), ou se o objeto da ordem desatendida não se relacione com o exercício de suas funções, caso em que o crime seria prevaricação (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 330).

Há um interessante precedente, em que se atribuiu a um Delegado Regional de Polícia o crime de desobediência, por ter deixado de apresentar seus subordinados para serem ouvidos em sindicância instaurada pelo Poder Judiciário, no âmbito da Corregedoria-Geral de Justiça.

Assim decidiu a Corte: “Mesmo se admita que o funcionário possa ser sujeito ativo do delito de desobediência, ele o

seria somente na qualidade de *extraneus*, como diz NÉLSON HUNGRIA, pois se age na qualidade de funcionário, como é o caso, as cominações seriam outras, acaso cabíveis. Para que se realizasse o tipo criminal em causa, seria necessário, antes de tudo, que houvesse o dever de dar atendimento à ordem, pelo cunho de legalidade de seu conteúdo e da autoridade de que emanou, e pela sujeição do agente à sua observância. Como diz SOLER, 'para não atribuir extensão desmedida à figura da desobediência, é preciso ser muito exigente acerca da existência concreta da ordem com respeito a cada destinatário; da clara cominação da mesma e da existência de um dever positivo de acatamento' (*apud* FRAGOSO, *Direito penal*, IV/466). Ora, o paciente se limitou a transmitir a seus subordinados o convencimento jurídico de que eles estavam desobrigados de atender à cominação judicial para prestarem declarações na sindicância instaurada pela Corregedoria (da Justiça) para lhes apurar a responsabilidade. Ainda que a manifestação desse entendimento fosse decisiva para a conduta dos subordinados, e ainda que tivesse caráter determinativo, não estaria marcada a sua posição pelo cunho de antijuridicidade, pois se evidencia, a todas as luzes, a sua razoabilidade" (*RTJ*, *103*:139, 1ª T. STF, v.u., 13-4-82; *RT, 562*:397).

442. Art. 330 do CP — desobediência — abertura de estabelecimento lacrado pela autoridade

Se a autoridade competente lacrou um estabelecimento comercial, impedindo seu funcionamento, e se a reabertura do estabelecimento foi feita indevidamente, afora as eventuais sanções administrativas, admite-se em tese a presença do crime de desobediência (*JTACrim*, 77:413; *RT*, *570*:349).

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "a violação da sanção administrativa de suspensão das atividades de um bar, por infração a normas protetoras do sossego público, tipifica o art. 330 do CP, e não o crime do art. 205 do CP" (*DJU*, 28-11-77, p. 8.235, cit. cit. por ALBERTO SILVA FRANCO & *AL.*,

em *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, notas ao art. 330). E, com efeito, se configura o crime de desobediência até mesmo a venda de produtos proibidos, em violação a ordem legal da autoridade (*RT*, *519*:361, *509*:348; *JTACrim*, *46*:354), *a fortiori* não poderia deixar de configurar essa infração penal o funcionamento de todo o estabelecimento, em contrariedade à ordem legal de funcionário público que vedou dito funcionamento.

Ainda que se aceite, em tese, a regra de que o crime de desobediência por violação a ordem administrativa deve ser reconhecido quando a lei ressalve a dupla incidência das sanções (administrativa e penal), temos de aplicá-la, em concreto, com a devida cautela, pois, tratando-se de violação à interdição de funcionamento de estabelecimento comercial, determinada na forma da lei municipal, "não poderia esta restringir o campo de aplicação da lei federal, o Cód. Penal, para, por omissão de ressalva expressa à figura típica, deixar a descoberto todos os infratores renitentes" (*JTACrim*, *69*:165; *BMJ*, *1*:81, cit. por ALBERTO SILVA FRANCO & *AL.*, em *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, notas ao art. 330).

443. Art. 330 do CP — descumprimento a portarias, avisos, circulares, editais

Embora haja controvérsia a respeito (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 330), temos que o descumprimento a normas genéricas, como portarias, avisos, circulares ou editais, não configura crime de desobediência (ALBERTO SILVA FRANCO & *AL.*, em *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, notas ao art. 330). E, com efeito, o crime não consiste em descumprimento *de lei* ou de normas gerais com força normativa abstrata, e sim no desatendimento a ordem *individualizada*, emanada em concreto por funcionário público competente, este sim visando à atuação da lei (MIRABETE, *Manual de direito penal*, III/352, ed. Atlas, 1991).

444. Art. 330 do CP — não-comparecimento do reclamado no juizado especial civil

Haverá crime de desobediência se, embora citado ou intimado, o réu não comparecer, sem motivo justificado, a audiência conciliatória no juizado especial civil? Ou será mero desatendimento administrativo à intimação ou à citação judicial?

Oficiamos num precedente em que o réu fora formalmente intimado a comparecer à audiência cível sob pena de desobediência, consignando-se no mandado que, embora a transação fosse facultativa, o comparecimento se fazia obrigatório.

Apesar do taxativo teor do mandado, temos que, para o reclamado, também o comparecimento era facultativo; primeiro, porque, no caso, *a lei* não ressalva a sanção de desobediência para o não-atendimento, como o faz com relação às testemunhas faltosas no processo penal (art. 219 do CPP); depois, porque seria incurial que o reclamado, que não é obrigado ao mais, que é a transação, escopo do ato judicial, fosse obrigado ao menos, ou seja, a um comparecimento, quando sua ausência já pode ser tomada como recusa à conciliação; enfim, porque, mesmo que se tratasse de recusa a comparecimento a ato do juizado especial civil, o não-comparecimento do reclamado não estaria sujeito a sanções penais e sim a meras sanções processuais (arts. 20 e 23 da Lei n. 9.099/95).

Apreciando hipótese exatamente igual a esta (não-comparecimento em audiência designada no Juizado Informal de Conciliação), a 11ª Câm. do TACrim, em acórdão unânime relatado pelo Juiz Ricardo Dip, entendeu não se configurar crime a recusa de comparecimento do requerido (Ap. n. 1.096.647-0, j. 11-5-98).

Art. 331 do CP

445. Art. 331 do CP — desacato — *v.*

Advogado – expressões descorteses, p. 44.

Advogado – imunidade, p. 43.

Art. 133 da CF, p. 172.

Competência — crime contra servidor federal, p. 421.

Crimes contra a honra (imunidade de Advogado), p. 455.

Inviolabilidade do membro do Ministério Público, p. 538.

446. Art. 331 do CP — desacato — ânimo calmo — *v. tb.*

Art. 147 do CP, p. 179.

Nos crimes de desacato, não raro bate-se a defesa pela negativa do dolo, sustentando que, sem ânimo calmo e refletido, não há como falar em desacato.

Já decidiu acertadamente o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que "o fato de ser o agente uma pessoa nervosa não descaracteriza o desacato, pois essa condição não dá ao cidadão o direito de ofender impunemente funcionário público no exercício de sua função. A admitir tal comportamento, estaria instalada a balbúrdia na conceituação do crime, pois nenhum indivíduo normal dirige ofensa a outrem sem que de alguma forma se encontre contrariado em seus interesses" (*RJDTACrim*, 7:91, rel. Orlando Bastos).

Em outro precedente a respeito da configuração desse delito, a mesma Corte afirmou que "o desacato reclama, para a sua configuração, a revolta do agente contra o indivíduo que, no momento da prática, represente a lei e a autoridade. Por conseguinte, pede, para o seu aperfeiçoamento, o dolo genérico. Não reclama a vontade consciente de ofender, bastando a volição de proferir expressões aviltantes, corroborada pelo comportamento assumido pelo praticante da ação" (*RJDTACrim*, 7:90, rel. Ribeiro dos Santos).

Ademais, seria mesmo incomum que alguém, de ânimo absolutamente calmo e refletido, se pusesse a cometer desacato (*RT*, *505*:351, *417*:285; *JTACrim*, *44*:352, *22*:244).

O que a jurisprudência quer, quando procura afastar o dolo de desacato em impropérios lançados abruptamente em momento de forte tensão emocional, é evitar a condenação de pessoas que, não raro após provocação injusta, num momento isolado cedem sob o estado de descontrole e dizem palavras que claramente não pretendiam dizer.

Entretanto, se as invectivas do agente não foram provocadas pela vítima, e as palavras usadas têm forte conotação ofensiva, demonstrando nitidamente o intuito depreciativo, não há como deixar de reconhecer, em tese, o crime de desacato.

447. Art. 331 do CP — desacato — embriaguez — *v.* tb.

Dolo, p. 486.

Embriaguez, p. 495.

Embriaguez – quantidade de álcool, p. 495.

Exige-se dolo específico para o delito do art. 331 do Cód. Penal? A embriaguez pode excluir a intenção de desacatar?

Em que pesem respeitáveis ensinamentos doutrinários e inúmeras decisões de jurisprudência em contrário, não nos convencemos de que haja necessidade de mais do que a vontade livre e consciente de desacatar (dolo genérico, para qualquer crime doloso), o que a embriaguez voluntária, desde que não seja absoluta, não impede (e até porque sob embriaguez absoluta seria difícil imaginar um desacato, como ato comissivo), e assim já tem decidido o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo em inúmeros precedentes (*RJDTACrim*, 7:148, *1*:91; *RT*, *611*:380; *JTACrim*, *44*:186).

Como vimos, a jurisprudência quer evitar a condenação de quem, sob forte tensão emocional e descontrole decorrentes de provocação injusta, ou sob embriaguez voluntária, fala coisas inconvenientes, sem ter noção do que diz. Mas, se a vítima não provocou as invectivas, e, se mesmo alcoolizado, tudo indica que o agente sabia o que estava fazendo, em tese pode haver desacato.

448. Art. 331 do CP — crime contra servidor federal em função eleitoral — competência — *v.*

Competência, p. 421.

Art. 334 do CPP

449. Art. 334 CPP — fiança pendente de apelo — competência para concedê-la

No processo penal, a entrega da prestação jurisdicional, pelo Juiz de primeiro grau, embora o impeça de reapreciar o *meritum causæ*, não obsta a que aprecie questões processuais compatíveis que sobrevenham enquanto os autos não são remetidos ao Tribunal para apreciar o apelo. Caso contrário, por absurdo, teríamos de admitir que o réu, tendo direito a prestar a fiança, e dispondo-se a fazê-lo, ficaria praticamente impossibilitado ou seriamente dificultado de exercitar seu direito, enquanto, interposto o apelo, os autos ainda estivessem no juízo *a quo*.

Possível é que, nas hipóteses em que a lei o admita, o réu preste fiança em qualquer fase do processo ou do procedimento, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (art. 334 do CPP); isso significa que, nos casos em que seja admissível a fiança, não a tendo concedido o Juiz do feito, passará a caber ao relator do recurso concedê-la ou não, no Tribunal.

Nesse sentido, dispõe o art. 57, V, do Regimento Interno do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "O relator do processo é o Juiz preparador, após a distribuição até o julgamento, e a ele compete (...) arbitrar fiança ao réu preso, se for o caso e a respeito não o tiver provido o Juiz *a quo*". Caberá, pois, ao relator apreciar as questões atinentes à fiança, nos termos do art. 557, parágrafo único, *b*, do Cód. de Processo Penal (no mesmo sentido, cf. MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, n. 108, 5ª ed., Saraiva, 1972).

Está bem claro que a competência do relator só começa a partir da distribuição, e que antes disso a competência para

apreciar a concessão ou denegação da fiança é do Juiz *a quo*. Neste último caso, não a concedendo o Juiz, em caso em que seria devido fazê-lo, e não tendo ainda o recurso dado entrada no Tribunal *ad quem*, somente por *habeas-corpus* seria possível sanar eventual ilegalidade (arts. 152, V, e 155, § 2º, do mesmo Regimento). Mas não será preciso chegar a tanto, se o Juiz *a quo* é instado a fazê-lo e o faz, desde que o caso em concreto admitir a concessão da fiança.

Art. 341 do CP

450. Art. 341 do CP — auto-acusação falsa —*v.*

Art. 29 do CP (co-autoria), p. 80.

Art. 342 do CP (falso testemunho), p. 335.

451. Art. 341 do CP — não-cabimento de retratação

Em que pesem respeitáveis entendimentos em contrário (*v.g.*, *RT*, *565*:341), diversamente do que ocorre com o delito de falso testemunho (CP, art. 342, § 3º), a lei penal não erige a retratação como causa de isenção de pena no crime do art. 341 do Cód. Penal.

452. Art. 341 do CP — a auto-acusação falsa não é crime de mão própria — *v.* tb.

Art. 342 do CP (falso testemunho), p. 335.

Deve-se recusar a tese de que não caberia co-autoria no crime do art. 341 do Cód. Penal.

Embora seja questão controversa o cabimento de co-autoria no crime do art. 342 do Cód. Penal (falso testemunho ou falsa perícia), não se justifica igual discussão no caso do art. 341 do mesmo estatuto a situação (auto-acusação falsa). No primeiro caso (falso testemunho), os que sustentam tratar-se de *crime de mão própria*, lembram que o sujeito ativo do delito tem de ser necessariamente *testemunha, perito ou intérprete*, o que não faria

admissível qualquer forma de participação, posição que, como lembra CELSO DELMANTO, "tem forte e decisivo argumento no art. 343 do Cód. Penal, que pune quem suborna aquelas pessoas, não se concebendo que acabe punido com iguais penas quem só pediu, sem subornar" (*Código Penal comentado*, cit., art. 342). Esses argumentos, porém, não se aplicam à auto-acusação falsa, que não é *crime de mão própria* (qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da infração).

453. Art. 341 do CP — necessidade de que alguém se acuse de crime inexistente ou praticado por outrem

Segundo o art. 341 do Cód. Penal, constitui auto-acusação falsa *acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem*.

Antes de mais nada, registre-se que, para constituir o crime de auto-acusação falsa, é preciso que o agente se atribua a prática de *crime* que não ocorreu ou que foi efetivamente praticado por outrem. Assim, o fato de acusar-se da prática de *contravenção penal* cometida por terceiro não configura a tipicidade do delito do art. 341 do Cód. Penal (*RT*, *545*:343).

Constitui crime acusar-se da prática de uma ação à qual faltem condições de punibilidade (*v.g.*, crime prescrito) ou de imputabilidade (p. ex., ação praticada por menor) ou de culpabilidade (ação praticada sem dolo ou culpa)?

Controversa é a questão. Para MIRABETE, "as condições de punibilidade do fato denunciado e mesmo a existência real de uma perfeita infração não constituem requisitos de sua integração, bastando que o engano sugerido ou acarretado se refira a um fato física e juridicamente possível, em tese delituoso, e cuja falsa denúncia ou falsa auto-imputação seja hábil para provocar atividade policial ou judiciária (*RT 375*:286)"[42]. DAMÁSIO sustenta ser despicienda a condição de inimputabilidade do verda-

42. *Manual de direito penal*, vol. III, p. 390, ed. Atlas, 1991.

deiro autor do fato (*Código Penal anotado*, nota ao art. 341, ed. Saraiva, 1991). Também entendendo irrelevantes as considerações a respeito da culpabilidade do verdadeiro autor do fato, foi a conclusão do julgamento da Ap. n. 318.515, do Tribunal de Alçada Criminal[43]. Já para outros, porém, não constitui o crime de auto-acusação falsa acusar-se como autor de uma ação praticada sem culpabilidade (*JTACrim*, *72*:320; *RT*, *384*:248).

Parece-nos que, sem embargo de causar indesejáveis embaraços à ação da autoridade a atitude daquele que assume a autoria de um crime que não cometeu — tanto que a lei pune como auto-acusação falsa a atitude de quem assume até mesmo a autoria de um crime *inexistente* —, a verdade é que nos parece pressuposto do crime do art. 341 do Cód. Penal que o agente assuma a autoria de algo que, em tese, seja efetivamente crime; pode até mesmo ser um crime inexistente no mundo fático, mas tem de ser algo que, se tivesse existido, seria crime. Assim, se alguém assume perante a autoridade a autoria de um homicídio que não ocorreu, sem dúvida embaraça a administração da Justiça, ao provocar investigações e ônus indevidos, e sua ação cabe por inteiro dentro da esfera de tipicidade do art. 341 do Cód. Penal. Mas, se alguém assume perante a autoridade a autoria de algo que *nem em tese é crime*, a nosso ver não se pode identificar neste caso a existência do crime do art. 341 do Cód. Penal, sob pena de termos de punir alguém que assuma a autoria de ter "matado" um cadáver, ou de ter cometido uma infração penal já prescrita, ou de ter cometido uma ação lícita, supondo-a apenas fosse criminosa.

Nessa linha, tomemos como exemplo a situação de quem assuma falsamente a autoria de um fato praticado por menor inimputável. Há alguns anos, tivemos sob estudo um caso desses, embora ainda antes da vigência do atual Cód. de Trânsito Brasileiro (que criminaliza a conduta de direção sem habilitação,

---

43. Cit. por ALBERTO SILVA FRANCO & *AL.*, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, art. 341, ed. Rev. dos Tribunais, 1987.

ao contrário da legislação vigente à época, que apenas a sancionava como contravenção penal)[44]. Uma criança, insciente o pai, tomara a direção de um veículo e o capotara, ferindo-se levemente; o pai resolvera assumir perante a autoridade policial a autoria do fato, e, quando a verdade foi descoberta, veio a ser denunciado pelo crime de auto-acusação falsa (art. 341 do CP).

Entretanto, o pai não autorizara o menor a guiar o carro nem estava ciente de que o filho tomara sua direção; no momento do acidente só estava no carro o menor, que fora o único a ferir-se levemente. Nessas condições, não tendo havido crime nem em tese, não vimos adequação típica entre a ação do pai e a imputação penal que lhe fora assacada na denúncia[45].

Com efeito, o menor não cometera crime algum: embora dirigir sem habilitação seja hoje crime (CTB, art. 309), a auto-lesão culposa não é *crime* em nosso sistema jurídico, nem um menor inimputável pratica *crime* e sim mero *ato infracional* (Lei n. 8.069/90, art. 103 — ECA). Mesmo que em tese o menor tivesse culposamente ferido a terceiros, o ato ilícito por ele praticado não seria tecnicamente *crime* e sim *infração*. Se crime é o ato *típico*, *antijurídico* e, para os causalistas, também *culpável*, se faltarem condições de imputabilidade, por definição legal não poderá ser considerado autor de crime o menor de 18 anos. Já para os finalistas, a culpabilidade não é característica do crime e sim mera condição de impor pena pela reprovabilidade da conduta — mas como o menor não recebe pena, faltaria a condição impositiva da sanção penal. Se o crime, segundo ANÍBAL BRUNO, é *todo fato que a lei proíbe sob ameaça de uma pena* — o menor inimputável que comete o fato proibido não é autor de crime, e sim infrator, pois não está sujeito a penas e sim a medidas sócio-educativas.

44. CTB, art. 309; LCP, art. 32.

45. Nosso parecer foi acolhido no julgamento da Ap. n. 933.801-Mojimirim (TACrim), publ. em *Justitia*, *173*:93-5.

No caso, o denunciado não podia estar a cometer o crime do art. 341 do Cód. Penal, cujo tipo exige que o réu se acuse falsamente perante a autoridade *de crime inexistente ou praticado por outrem*. O réu não assumiu a *autoria de crime* praticado pelo filho, e sim apenas assumiu a *autoria de uma ação não criminosa*. Não estava ele assumindo *autoria de crime havido, nem se estava confessando autor de crime inexistente*. Ele se estava dizendo autor de uma ação não criminosa.

É verdade que DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código Penal anotado*, art. 341) e JÚLIO F. MIRABETE (*Manual de direito penal*, 5ª ed., p. 390-1), fundados no mesmo precedente jurisprudencial (*JTACrim*, *69*:281), afirmam cometer o crime do art. 341 do Cód. Penal quem se atribui a autoria de *crime* para livrar menor inimputável.

Entretanto, *concessa venia*, se a ação cuja autoria é assumida pelo réu é atípica, ou não constitui crime, ainda que por falta de culpabilidade ou imputabilidade, não se há de reconhecer a infração do art. 341 do Cód. Penal, como decidiu por unanimidade a 14ª Câm. do TACrim, em sessão de 10-10-95, em acórdão relatado pelo Juiz RENÊ RICUPERO (*Justitia*, *173*:93-5).

Art. 342 do CP

454. Art. 342 do CP — falso testemunho — *v.*

Art. 341 do CP, p. 331.

Crime de mão própria, p. 444.

Testemunho, p. 775.

455. Art. 342 do CP — falso testemunho — co-autoria — *v.* tb.

Art. 29 do CP, p. 80.

"Tendo sido demonstrado que o defensor não só induziu a testemunha ao falso depoimento, como, ainda, para ele concorreu eficazmente, fornecendo, por escrito, uma versão detalhada

a ser apresentada em juízo, não há como negar sua efetiva e relevante participação, nos termos do art. 29 do Cód. Penal. O fornecimento de meios materiais para a prática do crime em estudo, longe de importar uma inocente insinuação, representa um antecedente causal decisivo na produção da conduta típica do falso testemunho (cf. TJSP *HC* n. 118.982, rel. Kazuo Watanabe *RT*, *453*:338. No mesmo sentido: *RT*, *492*:271, *554*:347, *566*:388, *598*:443)" (decisão da Procuradoria-Geral de Justiça nos termos do art. 28 do CPP, *DOE*, 12-11-98, Seç. I, p. 36).

No mesmo teor, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o advogado pode ser co-autor, em tese, do crime de falso testemunho (*RHC* n. 74.395-1, *Informativo STF*, 62 e 75; RE n. 102.228-SP, *RTJ*, *110*:440; *RHC*, n. 62.159-SP, *RTJ*, *112*:226; *HC* n. 74.691-SP).

456. Art. 342 do CP — falso testemunho — irrelevância na solução da lide

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o crime de falso testemunho é de natureza formal e se consuma com a simples prestação do depoimento falso, sendo de todo irrelevante se influiu ou não no desfecho do processo (*HC* n. 73.976-8, *Informativo STF*, n. 48; *RTJ*, *124*:340 e *95*:573).

457. Art. 342 do CP — falso testemunho — não-configuração quando a testemunha deixa de revelar fatos para não se comprometer

Em vista do princípio *nemo tenetur se detegere* (brocardo jurídico que, vez ou outra, é lembrado como *nemo tenetur contra se facere*, ou *nemo tenetur se ipsum accusare*), o Supremo Tribunal Federal tem decidido que não se configura o crime do art. 342 do Cód. Penal, quando a pessoa, mesmo depondo sob compromisso como testemunha, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la (*HC* n. 73.035-3, rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF*, 58). No mesmo sentido, essa mesma Corte asseverou que a pessoa fora ouvida como co-autor do crime, nessa qualidade não

poderia figurar como sujeito ativo do crime de falso testemunho (*HC* n. 75.599-2, rel. Min. Ilmar Galvão, *Informativo STF*, 82 e 87).

458. Art. 342 do CP — falso testemunho — competência

Segundo a Súm. n. 165 – STJ, "compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho no processo trabalhista".

Art. 345 do CP

459. Art. 345 do CP — exercício arbitrário das próprias razões *versus* furto — *v.*

Art. 155 do CP, p. 185.

Art. 157 do CP, p. 211.

460. Art. 345 do CP — exercício arbitrário das próprias razões *versus* roubo — *v.*

Art. 157 do CP, p. 211.

461. Art. 345 do CP — exercício arbitrário das próprias razões — falta de prova — crença na existência do crédito

A mera alegação do agente de que teria um crédito contra a vítima, razão pela qual alcançara outros bens de seu patrimônio, não é o bastante para configurar o exercício arbitrário das próprias razões. Para que pudesse crer estar *fazendo justiça com as próprias mãos*, seria indispensável que o agente exercesse pretensão que, ou deveria ser legítima, ou ao menos assim a deveria reputar o agente (daí exigir a lei o dolo específico de *satisfazer pretensão, embora legítima*). À evidência, essa não é a situação em exame, pois a própria existência do crédito — apenas alegada — não o autorizaria a pegar coisas que nada tinham a ver com o

suposto crédito, nem a invocar exercício arbitrário das próprias razões, quando a ação cometida se subsume em todas as características do furto.

Art. 349 do CP

462. Art. 349 do CP — favorecimento real — *v.* tb.

Art. 29 do CP (co-autoria), p. 80.

Art. 180 do CP (receptação), p. 254.

463. Art. 349 do CP — favorecimento real — delito residual

O favorecimento real é delito meramente residual; assim, só ocorre *fora dos casos de co-autoria ou receptação* — é o que diz o art. 349 do Cód. Penal. Desta forma, por exemplo, se o agente vendeu a *res* que sabia furtada, e se recebeu o produto da venda, ou parte desse produto, é *receptador doloso* — nesse sentido, a jurisprudência invocada por CELSO DELMANTO, em seu apreciado *Código Penal comentado* (*RTJ*, *91*:746; *RT*, *533*:370, *476*:372).

Art. 351 do CP

464. Art. 351 do CP — fuga de presos — danos — *v.*

Art. 163, parágrafo único, III, do CP, p. 237.

Dano, p. 465.

465. Art. 351 do CP — facilitação de fuga de preso — competência

É competente a Justiça comum para processar o crime de facilitação de fuga de preso, cometido por policial militar (CP, art. 351): “compete à Justiça comum estadual processar e julgar policial militar acusado, no exercício do policiamento civil, de facilitar a fuga de preso” (CComp n. 3.519-2-SP-STJ, rel. Costa Lima, v.u., j. 1º-10-92, *DJU*, 19-10-92, p. 18.214; CComp n.

3.601-9-SP-STJ, rel. Pedro Acioli, v.u., 22-10-92, *DJU*, 7-12-92, p. 23.283).

Art. 360 do CPP

466. Art. 360 do CPP — requisição de réu preso — *v.*

Art. 185 do CPP, p. 260.

Art. 222 do CPP, p. 273.

Art. 366 do CPP

467. Art. 366 do CPP — revelia — *v.*

Art. 392 do CPP (intimação da sentença), p. 349.

Lei n. 9.271/96 (alterou o art. 366 CPP), p. 609.

Revelia, p. 740.

468. Art. 366 do CPP — réu revel — recurso contra a decisão que suspende o processo — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 (recurso contra a suspensão do processo), p. 598.

Lei n. 9.271/96, p. 609.

Da decisão que determina a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do Cód. de Processo Penal, tem sido admitido o cabimento do recurso em sentido estrito, com fundamento analógico no art. 581, XVI, do mesmo estatuto, embora também se admita, pelo princípio da fungibilidade recursal, a apelação, com fundamento no art. 593, II, ainda do mesmo Código (*RT*, *741*:643).

469. Art. 366 do CPP — réu revel — prisão posterior — não-requisição para os atos do processo

"Insciente da prisão do réu revel, não poderia o juízo estar obrigado a mandar fosse ele requisitado para os atos processuais

seguintes à dita prisão — ausência de nulidade" (*HC* n. 52.985-SP, 2ª T. STF, j. 17-2-75, v.u., rel. Min. Leitão de Abreu, *DJU* 12-4-75, p. 2.303; *HC* n. 68.853-5-SP, 2ª T. STF, j. 22-10-91, v.u., rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, de 26-2-93, p. 2.357; *RTJ*, *90*:806).

Citado o réu pessoalmente, o processo seguirá normalmente mesmo sem a presença do acusado revel (CPP, art. 367, com a redação da Lei n. 9.271/96), pois é efeito da revelia correr o processo sem a presença do acusado; se sua prisão ocorreu depois da revelia, não havia obrigação judicial de encontrar o paradeiro do apelante. Assim, "uma vez decretada a revelia, e não sendo caso de aplicação da Súm. n. 351 – STF, não é de se reconhecer nulidade apenas porque em certo momento o revel passou a ser encarcerado. Dessa forma já decidiu o Supremo Tribunal Federal, com o que colocou a interpretação da Súm. n. 351 nos seus devidos termos" (Ap. n. 105.293-SP, TACrimSP, j. 15-5-75).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal vem reiterando seu entendimento de que, no processo penal, se o réu revel é preso posteriormente, sua não-requisição às audiências anteriores não constitui nulidade, se sua prisão é desconhecida do juízo do feito: "1. O réu solto, citado pessoalmente, que não comparece à audiência para o interrogatório, sem motivo justificado, torna-se revel, não precisando ser intimado dos demais atos do processo (art. 366 do CPP). 2. Se o revel vem, depois, a constituir advogado, passa a participar do processo no estágio em que se encontra, nos termos do art. 322 do Cód. de Processo Civil, analogicamente aplicável no processo criminal (art. 3º do CPP). 3. Assim, não pode se insurgir contra o fato de não ter sido requisitado para as audiências de instrução já realizadas, nem pretender sua renovação, sob a alegação de que, após a decretação da revelia, veio a ser preso por outra causa, noutra comarca, sobretudo se o Juiz do processo (em que revel) não foi informado da prisão. 4. Argüição de nulidade desacolhida. 5. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 72.671-SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 16-4-96, 1ª T., v.u., *DJU*, 18-4-97, p. 13.769).

Art. 370, § 2º, do CPP

470. Art. 370, § 2º do CPP — arts. 67, 71, 75, 88 e 91 da Lei n. 9.099/95 — intimação da vítima — *v.*

Lei n. 9.099/95 (representação), p. 608.

471. Art. 370, § 2º do CPP — intimação pelo Diário Oficial — um só Advogado

Com a nova redação que ao § 2º do art. 370 do Cód. de Processo Penal deu a Lei n. 8.701/93, consideram-se feitas as intimações pela simples publicação dos atos na imprensa oficial, desde que constem *os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para a sua identificação*.

Se a publicação, posto não tenha consignado o nome de *todos os advogados do querelante*, consignou o de um deles, que em momento algum consta ter renunciado ou substabelecido sem reservas o seu mandato, a intimação terá obedecido aos requisitos legais.

Arts. 383 e 384 do CPP

472. Arts. 383 e 384 do CPP — *mutatio libelli* e *emendatio libelli* — *v.* tb.

Art. 137 do CP (desclassificação de rixa para lesões corporais), p. 175.

Art. 617 do CPP (desclassificação no tribunal), p. 385.

A *emendatio libelli* é a mera correção do erro de capitulação da denúncia, em decorrência de que pode o juiz, mesmo sem aditamento desta, alterar a classificação legal de fatos corretamente descritos na denúncia (CPP, art. 383).

Diversa, porém, é a *mutatio libelli*, que se dá quando o juiz reconhece circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia (CPP, art. 384). Neste caso, só po-

derá impor pena mais grave se houver aditamento à denúncia (CPP, art. 384, parágrafo único).

473. Arts. 383 e 384 do CPP

Apreciando apelação contra a sentença que acolhe a classificação legal do crime, que lhe foi dada na denúncia ou na queixa-crime, pode o tribunal, diretamente em segundo grau de jurisdição, alterar essa classificação?

É certo que os arts. 383-4 do Cód. de Processo Penal permitem, em certos casos, a desclassificação de uma imputação para outra; em tese será necessário aditamento quando a nova qualificação do delito não esteja contida, explícita ou implicitamente, na acusação originária. Entretanto, quando caiba a desclassificação, a regra do art. 384 do Código de Processo Penal "deve ser sempre interpretada com suficiente latitude, para que não se condene o réu por crime de que não se defendeu" (FRAGOSO, *Jurisprudência criminal*, II/690, n. 360, ed. Bushatsky, 1979). Isso porque, mesmo que os fatos, corretamente narrados na denúncia, permitam mais de um enquadramento legal, é natural que a defesa concentre seus argumentos na acusação que lhe foi formulada.

Como se procede para a desclassificação em segunda instância? A regra é a de que, quando se trate de mera correção na capitulação do fato, que não importe em circunstância elementar não contida na denúncia nem importe em agravamento da situação do réu, pode a *emendatio libelli* ser feita até mesmo em segundo grau (CPP, arts. 383 e 617). Acrescenta ainda a Súm. n. 453 – STF: "Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, em denúncia ou queixa".

Em suma, se não se tratar a rigor de desclassificação nem de nova descrição dos fatos, mas sim mera correção na capitulação jurídica de fatos já corretamente narrados na denúncia, em

imputação da qual o réu se defendeu regularmente, pode ser corrigida a capitulação pelo tribunal.

474. Arts. 383 e 384 do CPP — distinção entre arts. 384 e 569 do CPP — *v.* tb.

Art. 569 do CPP, p. 363.

Na hipótese do art. 569 do Cód. de Processo Penal, a denúncia contém uma omissão que pode ser suprida; na do art. 384, cuida-se de circunstância elementar do crime, *não contida*, explícita ou implicitamente na denúncia.

475. Arts. 383 e 384 do CPP — aplicação

Não pode a sentença condenar o réu fora dos limites da acusação formalmente feita contra ele, na denúncia ofertada pelo Ministério Público ou na queixa-crime apresentada pelo ofendido, assim violando uma das mais sérias garantias do *due process of law* — o princípio da adequação entre a condenação e a imputação.

É certo que em alguns casos se permite a desclassificação de uma imputação para outra (CPP, arts. 383-4); mas tal desclassificação só se pode fazer sem aditamento *se os fatos atinentes à desclassificação já estiverem corretamente narrados na denúncia, ainda que classificados de forma incorreta, ou seja, com equivocada remissão ao dispositivo de lei*. Assim, por exemplo, se o Promotor de Justiça tivesse descrito uma receptação dolosa na denúncia, com todos os elementos e requisitos do tipo penal, mas, por mero equívoco de digitação, classificasse legalmente o crime como receptação culposa (indicação errônea do artigo de lei violado), o Juiz, mesmo sem aditamento, poderia condenar o réu por receptação dolosa: bastaria, para tanto, que todos os elementos típicos desta imputação já estivessem contidos na denúncia.

Entretanto, com acerto a jurisprudência tem recusado a possibilidade de condenações por fato cujas circunstâncias ele-

mentares já não sejam as mesmas do delito imputado. Nesse sentido, inadmitindo desclassificação sem observância da norma do art. 384 do CPP, de roubo para receptação dolosa, *v.* Ap. n. 704.157-3, TACrim, 7ª Câm., v.u., rel. Luiz Ambra, j. 5-11-92; inadmitindo desclassificação direta de receptação dolosa para culposa, *v. RT*, *640*:387-STF; de peculato para corrupção passiva, *v. RT*, *499*:420-STF; de estupro para atentado violento ao pudor, *v. RT*, *512*:378, *595*:350; de estupro para sedução, *v. RT*, *509*:346; de direção perigosa para lesão corporal culposa, *v. RT*, *502*:340, *RJDTACrim*, *8*:163; de ameaça para porte de arma, *v. RT*, *486*:321; de violência arbitrária para lesões dolosas, *v. RT*, *520*:434; de furto para receptação dolosa, *v. RT*, *585*:375; de receptação dolosa para furto, *v. RT*, *621*:321, *JTACrim*, *77*:258; de estelionato para furto, *v. RT*, *608*:336; de modo tentado para a forma consumada, *v. RJDTACrim*, *2*:159.

Pela regra do art. 384 e parágrafo único do já velho embora vigente Cód. de Processo Penal de 1941, somente seria necessário o aditamento se, em virtude da *mutatio libelli*, houvesse possibilidade de aplicação de pena mais grave. A jurisprudência, porém, já vinha impondo justificadas cautelas na aplicação desse dispositivo, pois, mesmo quando coubesse a desclassificação, a regra do art. 384 do Cód. de Processo Penal já vinha sendo "sempre interpretada com suficiente latitude, para que não se condene o réu por crime de que não se defendeu" (FRAGOSO, *Jurisprudência criminal*, II/690, n. 360, ed. Bushatsky, 1979). Isso porque, mesmo que os fatos corretamente narrados na denúncia permitissem mais de um enquadramento legal, era natural que a defesa concentrasse sua atenção instrutória e seus argumentos na acusação que lhe fora formalmente imputada.

A nosso ver, a questão evoluiu ainda mais hoje em dia. O princípio acusatório puro, acolhido na Constituição de 1988 (art. 129, I), agora impede seja o réu condenado por fato com outro elemento típico, diverso daquele que lhe foi imputado, *sem que tenha havido aditamento*. Assim, para condenar o réu por fato não descrito na denúncia, ou para reconhecer uma circunstância elementar, não contida, ainda que implicitamente, na denúncia,

não há de bastar a regra do art. 384 *caput* do Cód. de Processo Penal: para condenar o réu por um ato criminoso, é preciso que *todos os elementos da ação típica, incluindo suas circunstâncias elementares, estejam descritos na peça acusatória*.

Assim, para condenar o réu por fato ou por circunstância elementar não contida expressamente na denúncia, passou a ser indispensável o regular aditamento à peça inicial. É incompatível com a nova ordem constitucional condenar o réu por fato que não lhe foi regularmente imputado na denúncia, não suprindo a necessidade de processo acusatório a mera vista à defesa na forma do art. 384 *caput* do CPP, sem o regular aditamento da denúncia.

Será sempre necessário o aditamento, quando a nova qualificação do delito não esteja contida, explícita ou implicitamente, na acusação originária, ou seja, se os elementos integrantes do tipo da nova classificação legal do fato não estiverem descritos na denúncia.

Desta forma, *para condenar por outra figura criminosa, substancialmente diversa, com outra estrutura do fato típico*, é necessário proceder ao regular aditamento, não se podendo surpreender a defesa nem mesmo com a só aplicação do art. 383 ou 384 *caput* do Cód. de Processo Penal (meramente abrindo-lhe vista dos autos). *E isso porque, sob a nova ordem constitucional, que monopoliza a promoção da ação penal pelo Ministério Público (art. 129, I, da CF), não poderia o Juízo a quo prescindir do aditamento à denúncia (e agir de ofício)*, *para condenar o réu por crime ou circunstância que não lhe foram imputados e que não está expressa nem implicitamente descrito na denúncia*.

476. Arts. 383 e 384 do CPP — quando é possível corrigir a capitulação do delito em *primeiro* grau de jurisdição

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que “não cabe ao juiz, ao receber a denúncia, desclassificar o crime nela narrado — hipótese distinta da prevista do art. 383 do Cód. de Processo Penal (*O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diver-*

sa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave), que faculta ao magistrado tal possibilidade no momento de proferir a sentença" (*HC* n. 76.024-RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, 12-12-97, *Informativo STF*, 96).

477. Arts. 383 e 384 do CPP — quando é possível corrigir a capitulação do delito em *segundo* grau de jurisdição — *v.* tb.

Art. 569 do CPP, p. 363.

Art. 617 do CPP (desclassificação no tribunal), p. 385.

Segundo o art. 617 do Cód. de Processo Penal, o tribunal, câmara ou turma atenderá, em suas decisões, às regras dos arts. 383, 384 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Como já afirmou o Supremo Tribunal Federal, "a Súm. n. 453 não inibe que, no juízo de apelação, independentemente de recurso da acusação, se dê nova definição jurídica ao fato, desde que não se aplique pena mais grave, atendidos os arts. 383 e 617 do CPP" (*RT*, *601*:418-STF; no mesmo sentido, *RT*, *567*:293-TJSP; *RJTJSP*, *54*:368, *51*:320).

Para DAMÁSIO E. DE JESUS, "não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Cód. de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar *não contida*, explícita ou implicitamente, em denúncia ou queixa" (*Código de Processo Penal anotado*, art. 384).

A Súm. n. 453, entretanto, não veda a desclassificação em segundo grau, se favorável ao réu.

Mas a possibilidade de dar nova definição jurídica do fato não pode incluir a condenação do réu por crime que não lhe foi imputado, nem o reconhecimento de circunstância elementar

não descrita na denúncia, sob pena de perder-se a correlação entre imputação e condenação.

478. Arts. 383 e 384 do CPP — quando não é possível corrigir a capitulação do delito no segundo grau

Embora possa o tribunal, em segundo grau de jurisdição, alterar a classificação legal de fatos corretamente descritos na denúncia, a rigor só poderá alterar a classificação dos fatos e reconhecer crime com circunstâncias elementares diversas da imputação se tiver havido prévio e regular aditamento à denúncia, sob pena de estar-se a perder a correlação entre imputação e condenação, e, com isso, uma das mais importantes garantias defensórias, que se fundam no princípio acusatório puro.

Tomemos um exemplo. Suponhamos que a acusação inicial atribua ao réu a prática de crime contra a honra do ofendido, porque lhe imputou fato determinado, ali descrito, ofensivo à sua reputação; admitamos que a denúncia, equivocadamente, tenha concluído que, assim, o réu cometera o crime de injúria (CP, art. 140). Ora, supondo que a acusação reste provada, seja o réu condenado por injúria, embora, na verdade, os fatos a ele atribuídos não sejam injúria, e, sim, difamação (CP, art. 139). Em sede de apelo exclusivo da defesa, a esta altura não poderia haver a *emendatio libelli* em prejuízo do réu, para condená-lo por *crime mais grave*, substancialmente diverso daquele do qual se defendeu. Nem mais seria possível corrigir a capitulação, pois a mera correção da capitulação importaria em impor ao réu, pela difamação, pena superior à que tinha recebido em primeiro grau, pela injúria, o que é inviável em sede de apelo exclusivo da defesa. A solução terá de ser a absolutória, simplesmente porque o réu não cometeu o crime pelo qual foi condenado, e a correção da capitulação, a esta altura, seria impossível, se só o réu se inconformou com a condenação.

Com efeito, a única solução para o réu, para não se ver condenado por imputação diversa daquilo que realmente cometeu, será a absolvição.

479. Arts. 383 e 384 do CPP — art. 569 do CPP — necessidade de nova ação penal — *v.*

Art. 569 do CPP, p. 363.

480. Arts. 383 e 384 do CPP — condenação por crime não descrito na denúncia — Súm. n. 160 – STF

Às vezes ocorre de ser o réu condenado, sem aditamento, por crime não descrito na denúncia ou na queixa. Em recurso exclusivo de defesa, será impossível anular o processo para que se regularize o feito, com aditamento e correta descrição e capitulação dos fatos, pois essa solução reverteria em prejuízo para o réu.

Anotou DAMÁSIO E. DE JESUS: "Suponha-se que, denunciado por furto simples, venha o réu a ser condenado por apropriação indébita, inobservado o disposto no art. 384, *caput*. O réu apela para ser absolvido, não alegando a preliminar de nulidade da sentença. O Tribunal verifica que as elementares da apropriação indébita não estavam nem expressa nem implicitamente contidas na denúncia. Por aplicação da Súm. n. 160 – STF, o apelante deve ser absolvido, uma vez que o art. 384 não pode ser aplicado na segunda instância e nem a nulidade reconhecida. No sentido do texto: *JTACrimSP*, *73*:353, *75*:266 e *76*:271; *RT, 609*:303" (*Código de Processo Penal anotado*, 9ª ed., 1991, nota ao art. 384).

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal, em arestos publicados na *RJDTACrim*, *31*:214, *29*:258, *5*:47.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES E ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "admita-se que o réu foi acusado de receptação dolosa. O juiz, entretanto, sem as providências do art. 384, *caput*, realiza desclassificação na sentença, condenando-o por receptação culposa. Havendo recurso da acusação, pode pleitear a nulidade e, sendo provido o apelo, os autos retornam para cumprimento da providência estabelecida no art. 384, *caput*, e prolação de outra sen-

tença. Mas, se a acusação não apela, ou, recorrendo, não alega a nulidade, ou, ainda, se recorre somente a defesa, e postula a absolvição quanto à receptação culposa, o Tribunal, mesmo entendendo ser justa a condenação, só poderá absolver. Não será possível determinar-se o cumprimento da exigência legal do art. 384, *caput*, em face da redação do art. 617 CPP, e entendimento consagrado na Súm. n. 453 – STF, e, também, não será possível declarar a nulidade em prejuízo do réu, conforme prescreve a Súm. n. 160 – STF" (*As nulidades no processo penal*, Malheiros, 4ª ed., p. 180-1).

Art. 386 do CPP

481. Art. 386 do CPP — os diversos fundamentos da absolvição — *v.*

Absolvição – fundamento, p. 35.

Art. 156 do CPP, p. 201.

Art. 599 do CPP (interesse de recorrer), p. 377.

Art. 392 do CPP

482. Art. 392 do CPP — intimação da sentença — condenação — *v.*

Art. 392 do CPP – intimação do réu e defensor, p. 349.

Art. 392, II, do CPP, p. 352.

Art. 392, IV, do CPP (réu revel), p. 353.

Defesa, p. 469.

Revelia, p. 740.

483. Art. 392 do CPP — intimação da sentença — condenação — dupla intimação (réu e defensor)

A despeito de todo o detalhamento de hipóteses do art. 392 do Cód. de Processo Penal, a regra, corretamente assentada

pela jurisprudência dos maiores tribunais, é simples: da sentença condenatória, sempre devem ser intimadas ambas as partes; além disso, é obrigatória a intimação tanto do réu como de seu defensor, dativo ou constituído, pouco importa, para melhor exercício do direito de ampla defesa, assegurado na Constituição (*JSTF*, *49*:350).

484. Art. 392 do CPP — intimação da sentença — condenação — dupla intimação (réu e defensor) — quando se prescinde

Quando a sentença não faculta ao réu revel ficto apelar em liberdade, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, tem admitido bastar a intimação por edital do réu, já que a intimação de sua defesa dativa não impediria o trânsito em julgado da condenação (cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 392).

A nosso ver, porém, em vista do princípio da ampla defesa, a intimação da sentença ao Advogado é *sempre* indispensável, pois, ainda que não tenha sido facultado ao réu apelar em liberdade, pode a sentença conter erros ou omissões, sanáveis por embargos declaratórios, ou conter vícios tais que justifiquem a impetração de um *habeas-corpus*, de forma que não se pode prescindir da cientificação da defesa técnica em hipótese alguma.

485. Art. 392 do CPP — intimação da sentença — condenação — desnecessidade da intimação pessoal do réu, se já houve interposição de recurso pela defesa

"A falta de intimação pessoal do réu da sentença condenatória não acarreta a nulidade do processo se o seu defensor, devidamente intimado, dela recorreu, não ensejando qualquer prejuízo para o réu. Precedente citado: *HC* n. 66.182-SC, *RTJ*, *136*:197" (*HC* n. 76.701-PR, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª T., 31-3-98, *Informativo STF*, 105).

486. Art. 392 do CPP — intimação da sentença — condenação — intimação do defensor antes ou depois do réu

Embora existam entendimentos de que a intimação da sentença ao defensor do réu deve ser sempre *posterior* à do réu (*JTACrim*, *47*:43, *41*:74, *39*:255, *38*:74, *34*:57, *36*:118), nem que se tenha que fazê-la pela segunda vez (*JTACrim*, *52*:416), esta não é a exigência legal.

Mais correto se nos afigura o entendimento contrário, pois "já não mais prevalece aquele vetusto entendimento voltado à obrigatoriedade de o réu dever ser intimado antes do seu defensor, de sorte a não se considerar como válida a intimação deste, quando ocorrida em primeiro lugar. O velho e já esmaecido critério favorecedor da defesa ensejava por certo uma grave distorção, pois se o defensor se apressasse a tomar ciência do julgado, forçando a intimação do réu a se tornar posterior à sua, criado já estaria o incidente, pois a não-repetição do ato poderia ensejar a anulação do feito, caso o recurso não fosse interposto. Quanto mais não fosse, daria azo também a possibilitar o retardo da repetição da intimação, o que aumentaria o tempo de vida do processado, abrindo a oportunidade para o efeito prescricional. Assim, a formulação do recurso há de obedecer a natural fluência dos prazos, independentemente da ordem das intimações." (Ap. n. 820.379-9, do TACrimSP, 4ª Câm., rel. Oliveira Ribeiro, v.u., j. 31-1-95).

Assim, se a intimação do defensor pode ser validamente feita antes da do acusado; e, nos casos em que se faculte o recurso em liberdade, nada impedirá interponha aquele, desde então, seu recurso. E, mesmo que seja negado ao réu o direito de apelar em liberdade, a intimação do defensor antes da de seu defendido obstada; apenas eventual apelo só será admitido se o réu vier a ser preso.

Desta forma, se o defensor foi intimado e não recorreu no prazo legal, e, depois dele, o réu também foi intimado e não recorreu no prazo da lei, será intempestiva a interposição de apelo

defensório depois de decorrido *in albis* o prazo de insurgência recursal, contado a partir da intimação que se deu por último.

487. Art. 392 do CPP — intimação da sentença — intimação pessoal do réu na presença do Juiz — desnecessidade

A intimação da sentença condenatória a réu preso, procedida na presença do Juiz, é providência que não encontra apoio em texto de lei, pois a tanto não obriga o Cód. de Processo Penal, sendo defeso ao Estado legislar, ainda que indiretamente, sobre matéria processual (*RT*, *649*:372-STF, *594*:306-309-TJSP; *RJDTACrim*, *7*:269-STJ, *6*:210, *4*:223; *HC* n. 170.418-7-Itapecerica da Serra, 9ª Câm.; Rev. Cr. n. 171.970-1-S. Paulo, 5º Grupo de Câmaras, v.u.; Ap. Cr. n. 1.025.369-5-S. Paulo, 7ª Câm., v.u.).

488. Art. 392 do CPP — intimação da sentença — não se aplica o art. 370 CPP

Para intimar o defensor da sentença, não basta a mera publicação do dispositivo da sentença no *Diário da Justiça*, pois "necessariamente deveria ter sido observado o que vem disposto, de forma cogente, no art. 392 do Cód. de Processo Penal, que contém normas específicas para tanto (*A intimação da sentença será feita*...); por isso é que, no que se refere à intimação da sentença, não se aplicam as regras gerais previstas no art. 370 do mesmo Código, com a redação dada pela Lei n. 8.701/93" (Ap. n. 1.024.845-6, TACrim, 1ª Câm., v.u., j. 16-1-97, rel. Pires Neto).

Art. 392, II e III, do CPP

489. Art. 392, II e III, do CPP — necessidade da intimação do réu

É verdade que os incs. II e III do art. 392 do Cód. de Processo Penal admitem seja cientificada apenas a defesa quan-

do o réu, livrando-se solto, não é encontrado para intimação pessoal da sentença. Entretanto, a jurisprudência mais recente, inclusive do Supremo Tribunal Federal, tem entendido necessário intimar-se sempre tanto advogado como acusado da sentença condenatória, para melhor exercício da ampla defesa que lhe é assegurada (*JSTF*, *49*:350). Além disso, é de toda conveniência do réu ter conhecimento pessoal da condenação, até porque lhe pode ser cassado o *sursis*, e da condenação não se livrará solto.

Art. 392, IV, do CPP

490. Art. 392, IV, do CPP — intimação da sentença — réu revel

Depois de condenado, tem o réu, ainda que revel, o direito de ser procurado pessoalmente para tentar-se sua intimação pessoal da sentença. A intimação da sentença, antes de ser feita por edital, deve ser tentada, *ad cautelam*, por meio de mandado. É pressuposto para a intimação por edital que o réu tenha sido procurado pessoalmente para intimação da sentença, sem êxito, porém (CPP, art. 392, IV).

Art. 395 do CPP

491. Art. 395 do CPP — defesa prévia — *v.*

Defesa, p. 469.

Defesa – deficiência, p. 469.

Defesa prévia (ausência), p. 470.

Art. 400 do CPP

492. Art. 400 do CPP — juntada de documentos aos autos — *v.*

Art. 231 do CPP, p. 275.

Art. 499 do CPP

493. Art. 499 do CPP — quando seu cumprimento não condiciona o do art. 500 do CPP

No processo de alguns crimes, como aqueles punidos com reclusão, ao fim da inquirição de testemunhas, as partes poderão requerer diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (CPP, art. 499).

Como bem destaca a própria lei, essa fase não se destina a reabrir a dilação probatória, nem para, conseqüentemente, reabrir à acusação ou à defesa a oportunidade de arrolar novas testemunhas ou requerer provas que poderiam e deveriam ter sido propostas quando da denúncia ou da defesa prévia, e produzidas no curso normal da instrução. A fase do art. 499 do Cód. de Processo Penal destina-se apenas às diligências cuja necessidade ou conveniência surgiu apenas no curso da própria instrução. Assim, uma dúvida não aclarada, uma importante testemunha referida, uma importante certidão que ainda não veio aos autos, uma diligência que, embora já requerida há tempo, ainda não foi cumprida. Ou seja, é uma ocasião para as partes reverem todo o bojo instrutório e, antevendo o que vão precisar para discutir nas alegações finais, fazem as últimas propostas de diligências. Assim, a finalidade dessa norma legal está muito longe de permitir a reabertura ampla de provas; não é isso.

Acaso requeridas diligências pertinentes na fase do art. 499 do Cód. de Processo Penal, poder-se-á passar para a fase das alegações finais, antes de deferidas e cumpridas tais diligências?

O Juiz deverá, sob seu fundamentado entendimento, deferir ou não as diligências requeridas, tendo como critérios os da lei e seu convencimento. Terá justo motivo para indeferi-las se: *a)* a diligência poderia e deveria ter sido requerida com a denúncia ou com a defesa prévia, mas não o foi, e só agora está sendo requerida; *b)* a diligência não é *necessária* nem *conveniente*

para a instrução da causa; *c)* ainda que conveniente a diligência, essa conveniência não se originou da própria instrução, pois já preexistia a ela; *d)* a diligência é despicienda ou procrastinatória.

Sem dúvida, pode o juiz deixar para apreciar a questão em maior profundidade, quando receber as alegações finais das partes. Contudo, o normal é que defira ou indefira as diligências, antes de mandar passar à fase do art. 500 do Cód. de Processo Penal.

Na hipótese de deferi-las, deverá fixar prazo razoável para seu cumprimento, nem tão exíguo que seja de cumprimento impossível, nem tão dilatado que leve à prescrição ou impunidade; vencido o prazo para cumprimento de diligências requeridas e *deferidas*, mandará passar à fase das alegações finais.

Tomemos um exemplo concreto: na fase do art. 499 do Cód. de Processo Penal, o Promotor de Justiça pede a requisição de uma certidão faltante, de antecedentes. Deferido seu pedido, poderia o Magistrado, mesmo antes de concluída a diligência, determinar que se passasse à fase das alegações finais, prevista no art. 500 do mesmo Código? Ou o Promotor de Justiça poderia recusar-se a apresentar as alegações antes de concluída uma diligência que, aliás, já tinha até mesmo sido deferida?

Como vimos, a fase do art. 499 do Cód. de Processo Penal destina-se a que as partes requeiram diligências *cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução*. Certo ainda é que, a seguir, se passará à fase do art. 500 do mesmo estatuto (alegações finais), desde que ocorra alguma destas hipóteses: *a)* quando não haja requerimento de diligência das partes; *b)* quando tenha havido requerimento de diligências que foram deferidas e cumpridas; *c)* quando houve requerimento de diligências que foram indeferidas (art. 500 *caput* do CPP).

A contrario sensu, e em tese, se as diligências que a parte requereu foram *deferidas*, é porque presumivelmente foram consideradas *necessárias ou pelo menos convenientes* à instrução, e, as-

sim, deveriam ser cumpridas antes de se passar à fase processual seguinte.

Mas em concreto esse raciocínio seria válido se, entre as diligências requeridas e deferidas estivessem, por exemplo, providências que logicamente precedessem o exame do mérito, como a argüição de um incidente de insanidade mental do réu ou mesmo a oitiva de uma testemunha referida, pois haveria incompatibilidade lógica e técnica em passar-se à fase processual seguinte antes de cumprir tais diligências, tidas por necessárias ou pelo menos úteis, e já requeridas e deferidas.

Contudo, no caso de faltar uma certidão de antecedentes, embora seja extremamente importante apurar eventual reincidência ou levar em conta eventuais antecedentes para cálculo da pena e para fixar regime inicial de seu cumprimento, — na verdade nada impedia e tudo recomendava que se passasse à fase processual seguinte, pois, nesse ínterim, se chegasse a certidão desejada, bastaria dar ciência às partes, sentenciando-se a seguir; e se não chegasse, poderia o Juiz sentenciar mesmo sem a certidão, que não pode condicionar indefinidamente o julgamento da causa. Com essa solução, atender-se-iam os princípios de celeridade e economia processual, sem prejuízo à garantia dos direitos e faculdades das partes.

Poder-se-ia objetar no sentido de que, para assim fazer, mais correto seria que o Juízo, então, tivesse *indeferido* a diligência pretendida no art. 499 do CPP, para, só assim, poder-se passar à fase processual seguinte.

Esse argumento, formalmente correto, pecaria, porém, pelo seu caráter meramente instrumental. Seria ilógico que o Juiz, recusando inteiramente o pedido da parte, não lhe causasse gravame, e sim só o fizesse quando o atendesse em parte. Em outras palavras, se o Juiz indeferisse a diligência e mandasse passar à fase processual seguinte, teria agido de forma processualmente correta; mas, se deferisse uma diligência, ainda que a entendesse apenas útil, mas não indispensável, e mandasse pas-

sar à fase das alegações finais, estaria cometendo inversão tumultuária do processo, passível de correição parcial...

Antes é preciso atentar para o que modernamente se chama o *princípio da instrumentalidade das formas*, de maneira que, antes de reconhecer a nulidade, é mister aferir *qual é a diligência deferida e ainda não cumprida*, antes de proclamar-se a nulidade, ou seja, devemos considerar detidamente as noções de gravame ou prejuízo e os objetivos do processo.

Assim, sempre que a diligência faltante não seja indispensável para o julgamento da ação, e seu cumprimento possa darse a qualquer momento antes da prolação da sentença, mesmo após o oferecimento das alegações finais e desde que cientificadas as partes, não se há de impedir prossiga o feito na fase do art. 500 do Cód. de Processo Penal[46].

494. Art. 499 CPP — reinquirições — quando são desnecessárias

Ao fim da instrução, não raro existem pontos discrepantes na versão de vítimas ou testemunhas. Aclará-los, ou submeter vítimas e testemunhas a acareações seria próprio na fase do art. 499 do Cód. de Processo Penal?

Caso essas discrepâncias impeçam a formação de um correto juízo de procedência ou improcedência, pode ser mesmo necessário reinquirir uma ou outra testemunha, ou acarear uma e outra, ou requisitar novos pormenores aos peritos e daí por diante.

Não raro as contradições dizem respeito às condições naturais e normais dos depoimentos, que são provas sabidamente mais modestas que as ditas provas técnicas, em face das limitações da memória ou da percepção humanas; em outros casos,

---

46. Decidindo nesse sentido, o acórdão proferido na Cor. Par. n. 847.347-SP acolheu nosso entendimento (11ª Câm. do TACrim, rel. Xavier de Aquino, j. 11-1-94).

acareações têm pouca utilidade, pois a experiência forense nos mostra que, no mais das vezes, os envolvidos se limitam a reiterar o que disseram antes. Eventuais contradições, aliás tão comuns em provas orais, somente devem justificar reinquirições quando versem aspectos fundamentais, e o Juiz considere adequado proceder à reinquirição, sem o que tema não decidir corretamente a lide penal. Fora daí, as reinquirições e acareações não são benvindas.

Acresce, ainda, que eventuais contradições podem e devem ser discutidas e exploradas quando do exame da prova, em seu todo, e, ainda que dúvidas houvesse e tivessem restado, isso, longe de prejudicar a defesa, normalmente a auxilia, pelo princípio de que a dúvida só se interpreta a favor do réu, cuja condenação só repousa em juízo de certeza.

Assim, desde que entenda inútil, desnecessária ou até procrastinatória a reabertura da instrução, a diligência deverá ser indeferida pelo Juiz, até porque é a própria e normal instrução o momento adequado para esclarecer pontos de fato de interesse para a causa.

Art. 500 do CPP

495. Art. 500 do CPP — alegações finais — *v.*

Art. 60, I, do CPP (falta de alegações finais em ação privada), p. 119.

496. Art. 500 do CPP — falta de alegações finais em ação pública — *v.* tb.

Promotor de Justiça (falta de alegações finais), p. 716.

Entendem alguns que só é indispensável a concessão de prazo para que a defesa apresente suas alegações finais, mas ficaria a critério desta decidir se as apresenta ou não, já que pode entender suficiente para seus propósitos a prova já produzida sob o contrário, dentro dos limites da qual terá de ater-se o juiz

(*RT*, *647*:339). Diversamente, porém, e com maior largueza, e a nosso ver mais corretamente, o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser essencial à defesa a apresentação de razões finais, e, na falta de sua apresentação por defensor constituído, deve-se suprir a omissão por defensor dativo (*RTJ*, *116*:1242; *90*:808).

Art. 525 do CPP

497. Art. 525 do CPP — crime conta a propriedade industrial

No crime de desvio de clientela, de que cuida o art. 178, III, do Cód. de Propriedade Industrial (Dec.-Lei n. 7.903/45), pode a denúncia ser rejeitada porque não se fez prévia perícia, que seria indispensável nos termos da lei (CPI, art. 182, e CPP, art. 525)?

O art. 525 do CPP exige que a perícia acompanhe a queixa-crime, quando a infração deixar vestígios; essa norma é aplicável ao sistema dos crimes contra a propriedade industrial, por força do art. 182 do CPI.

Do exame da norma, conclui-se *a contrario sensu* que, se o crime não deixa vestígios, dispensável é a perícia — e esse entendimento tem embasamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal *(v.g. RTJ*, *73*:753; no mesmo sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 525, Saraiva, 1993).

Então, o ponto central da questão é saber se o crime de desvio de clientela deixa sempre vestígios. Se deixar, a conclusão inelutável é a de que, tendo faltado prévia perícia, seria caso de rejeição da queixa.

Assim dispõe o art. 178, III, do CPI: *Comete crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem*.

Em si, concorrência é lícita e até saudável. Querer conquistar clientes do concorrente, em si, não é crime, a não ser que

isso se faça de modo fraudulento, como bem decorre do exame do dispositivo penal enfocado, e é muito bem esclarecido pela doutrina (por todos, cf. HUNGRIA, em seus apreciados *Comentários ao Código Penal*, v. VII, n. 139, p. 382, ed. Forense, 1967). O que não é lícito e merece reprovação penal é angariar clientela alheia com emprego de meios fraudulentos — ou seja, a *tromperie* dos franceses, a *truffa* dos italianos ou a *burla* dos brasileiros. Aí entra o inc. III do art. 178 do CPI, que sanciona o crime de desvio de clientela, quando praticado com meio fraudulento. Trata-se de *tipo penal aberto*, ou de forma livre, em que o legislador não enumera, nem mesmo exemplificativamente, as formas de fraude que podem ser empregadas para desvio de clientela.

Em sua monografia sobre *Crimes de concorrência desleal*, CELSO DELMANTO com razão já advertia que a modalidade de *desvio de clientela* (inc. III do art. 178 do CPI) é precisamente a forma mais abrangente do crime de concorrência desleal (*op. cit.*, p. 79, ed. da Universidade de S. Paulo, 1975) — observação essa que foi retomada por PAULO JOSÉ DA COSTA JR. em seus *Comentários ao Código Penal* (v. III, p. 40, Saraiva, 1990). Assim, procurou DELMANTO exemplificar com alguns casos de desvio de clientela, nos quais se poderia aferir processo fraudulento: *a)* estabelecer confusão entre produtos próprios e os do rival (imitação); *b)* indicação ou avisos falsos; *c)* imitação de catálogos; *d)* imitação de fachadas e vitrines; *e)* alteração, supressão ou imitação de cartazes ou anúncios do concorrente; *f)* imitação de propaganda; *g)* apresentação vexatória dos produtos do concorrente; *h)* imitação do nome comercial (*op. cit.*, p. 80-99).

A esses exemplos de desvio fraudulento de clientela, alguns que já vinham da lição de HUNGRIA, tinha este jurista somado outro exemplo: a possibilidade de o empresário orientar clientes para seu próprio estabelecimento, mediante aliciamento exercido por mandatários postados junto ao estabelecimento da concorrente (*op. cit.*, p. 383) — exemplo retomado por MAGALHÃES NORONHA (*Direito penal*, v. III, n. 730, p. 37, Saraiva,

1986) e JÚLIO FABBRINI MIRABETE (*Manual de direito penal*, v. II, n. 23.1.7, p. 366, Atlas, 1991).

Como se vê da enumeração dos exemplos dados pela doutrina, o crime de concorrência desleal, na grande maioria dos casos, é infração que efetivamente deixa vestígios: a confusão entre produtos próprios com os do rival permite exame técnico pericial para comprovar a *imitatio veri*; o uso de indicações ou avisos falsos e a imitação de fachadas ou vitrines também deixam vestígios materiais. Nesse caso, sujeitam-se à comprovação pericial.

Contudo, nos próprios exemplos enumerados pela doutrina, e alguns apontados pela jurisprudência, a prática da infração penal de *desvio de clientela* pode não deixar vestígios materiais. Tomemos os exemplos de HUNGRIA e NORONHA, do expediente fraudulento do empresário que põe seus prepostos diante da empresa do rival, para desencaminhar clientes para sua própria empresa: aí não há vestígios materiais periciáveis, de forma que, nesses casos, a propositura da ação penal prescinde de prévio exame pericial. Tomemos ainda os exemplos dados por DELMANTO, de imitação do nome comercial ou de imitação de propaganda feita na imprensa — em alguns casos, a prova documental pode ser suficiente para demonstrar ao julgador a *imitatio veri*.

Assim, podemos concluir que *nem toda modalidade de desvio de clientela deixa vestígios materiais constatáveis por meio de prova pericial*.

Há alguns anos, tivemos sob estudo interessante caso que versava a prática de eventuais crimes contra a propriedade industrial, e nele se discutia a necessidade de prévia perícia, para embasar o oferecimento de queixa-crime.

Alegava-se, na inicial acusatória, que os querelados teriam tido acesso a dados confidenciais da querelante, sob o falso pretexto de sua aquisição, e, com essas informações e também com as informações e colaboração de empregados hierarquizados

da querelante, passaram a instalar outra empresa, para concorrer com a querelante, desviando sua clientela. Assim, segundo a acusação, a obtenção de dados para instalar outra indústria concorrente com o fito de desvio de clientela teria ocorrido por meio fraudulento[47].

Entendemos que, no caso, a prova dos fatos imputados aos querelados não supunha necessariamente o exame pericial. Mesmo que houvesse vestígios concretos desses fatos, mas nem todos eles dependeriam de prova pericial[48].

Acresce que o crime de desvio de clientela não é material, e sim formal. Como lembra CELSO DELMANTO, "a consumação dessa infração ocorre pelo mero emprego do expediente fraudulento, *sem necessidade de verificação de um efetivo desvio*" (*op. cit.*, p. 104, n. 59). Ou seja, como diz NORONHA, "não é necessário que o *desvio* se *realize* ou se *efetive*. A lei antecipa-se: pune o emprego do ardil ou do enliço *para* desviar a clientela de terceiro. Com a manobra fraudulenta, que visa a proveito próprio ou de outrem, o crime se completa" (*Direito penal*, vol. III, n. 730, p. 38, ed. Saraiva, 1986). É unânime a lição dos doutrinadores a respeito.

Assim, o mero emprego do meio fraudulento, com o fito de atingir o objetivo da ação vedada, poderá constituir crime; e

---

47. A jurisprudência tem recusado que o mero fato de um empresário contratar ex-empregados do concorrente configure concorrência desleal, por meio de desvio de clientela, salvo se, para isso, utilizar algum tipo de fraude (*JTACrimSP-Lex*, *54*:209). Mas esse é um ponto de fato a apurar. Em hipótese análoga, decidiu o TACrim-SP: "Concorrência desleal — Empregado categorizado da vítima que instala outra firma com a mesma finalidade — Desvio de clientela — Condenação — Pena pecuniária reduzida — Inteligência dos arts. 196, § 1º, III, do CP e 178 do Dec.-Lei n. 7.903/45. Praticam o crime de concorrência desleal funcionários de confiança da vítima que, durante a prestação de serviços a esta, constituem outra empresa com a mesma finalidade daquela (Rev. 110.554-Capital – 3º Gr. Cs., j. 3-3-82)" (*RT*, *566*:337).

48. Nesse sentido, o acórdão proferido no Rec. em Sent. Estr. n. 887.831-Jundiaí acolheu nosso entendimento (9ª Câm. do TACrim, rel. Evaristo dos Santos).

como o meio fraudulento nem sempre deixa vestígios materiais, nem sempre a perícia será indispensável.

No caso, portanto, não era óbice a falta de perícia, pois a imputação não supunha, necessariamente, em todas suas modalidades, a prévia comprovação pericial.

Art. 531 do CPP

498. Art. 531 do CPP — rito do processo contravencional — derrogação

Com a extinção do procedimento penal de ofício pelo art. 129, I, da Constituição Federal (*JSTF*, *149*:374-STF Pleno; *RT*, *664*:372-STF), houve *derrogação tácita* do rito dos arts. 531 a 538 do Cód. de Processo Penal[49]. Desta forma, o rito a aplicar ao processo das contravenções penais é o mesmo do art. 539 do Cód. de Processo Penal, com oferecimento e recebimento da denúncia, citação, interrogatório, defesa prévia e audiência de instrução e julgamento.

Art. 569 do CPP

499. Art. 569 do CPP — necessidade de nova ação penal — *v.* tb.

Arts. 383 e 384 do CPP, p. 343.

Arts. 383, 384 e 569 do CPP, p. 348.

Embora a jurisprudência venha na prática tolerando sejam oferecidos aditamentos à denúncia para neles incluir novos crimes, como em casos de conexidade ou continuação delitiva, na verdade os arts. 384 e 569 do Cód. de Processo Penal não se prestam a servir seja a acusação ampliada para abranger

49. Para alguns, a incompatibilidade entre uma lei ordinária e uma nova ordem constitucional deve ser denominada de *inconstitucionalidade superveniente* (cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra).

novos fatos, com novos crimes sequer descritos na denúncia originária.

Se o próprio fato que enseje a nova capitulação não está descrito na denúncia, a solução será intentar nova ação penal (*RT*, *585*:375-TJRS; *RT*, *621*:321).

Embora teoricamente correta essa regra, na prática pode ser mitigada pelos Juízes e Tribunais, pois em muitos casos pode convir às próprias partes, não só à acusação como ao réu e à sua defesa, e até ao próprio Judiciário, que casos conexos ou crimes continuados sejam apurados nos mesmos autos, para evitar repetições desnecessárias de provas e demais atos processuais, às vezes com soluções contraditórias e com grande ônus para as partes e para a distribuição da Justiça.

Tomemos um exemplo, para discussão.

Suponhamos seja o réu denunciado pela prática de estelionato. Ao fim da instrução, o Promotor de Justiça adita a inicial, para modificar a capitulação e atribuir ao réu outro crime, com outra descrição típica, *embora calcada nos mesmos fatos* consistentes na obtenção do proveito patrimonial ilícito, no mesmo dia, no mesmo valor, contra a mesma vítima.

Estaria o Promotor a aditar a denúncia para imputar ao réu *fato novo*, o que não se tem admitido?

A nós parece que não. *Fato novo* seria a imputação ao réu de um novo crime, da mesma espécie ou não, praticado contra a mesma ou contra outra vítima, mas que não consistisse *no único e mesmo fato já narrado na denúncia*. Assim, a mera mudança de capitulação legal do fato já descrito na denúncia não consiste em imputação de *fato novo*, pois se trata de mera mudança de classificação do mesmo fato em outro dispositivo de lei (por exemplo, apropriação indébita em vez de estelionato, mas pelo mesmo fato).

As regras dos arts. 384 e 569 do Cód. de Processo Penal visam a permitir sejam as omissões da denúncia supridas, quando contiver uma imprecisão na data dos fatos, ou no nome do

réu ou vítima, ou na correta descrição fatos, ou omitir uma circunstância elementar demonstrada na instrução — em todos esses casos, mesmo que haja possibilidade de *nova definição jurídica*, não estará havendo imputação de novo fato, pois se trata *do mesmo fato já narrado na denúncia*; no máximo, estará havendo *nova definição jurídica* do fato, ainda que com *descrição de nova circunstância elementar*. Mas não *novo fato*.

Nas situações mais simples, teremos mera correção de erro material (CPP, art. 569), feitas às vezes por *emendatio libelli* (que é a correção do erro de capitulação da denúncia, ou seja, pode o juiz, mesmo sem aditamento desta, alterar a classificação legal de fatos corretamente descritos na denúncia, cf. art. 383 do CPP); em outros casos, porém, torna-se indispensável a *mutatio libelli*, quando se tratar de reconhecer circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia (CPP, art. 384).

No exemplo, porém, houve necessidade da *emendatio libelli*, pois as *circunstâncias elementares* do crime de apropriação indébita não coincidem inteiramente com as do estelionato.

Daí ser correto o aditamento na hipótese estudada.

500. Art. 569 do CPP — aditamento à denúncia — quando reabre a instrução — *v.* tb.

Denúncia – diversos, p. 471.

Como já se viu, em regra não se destina o art. 569 do Cód. de Processo Penal a permitir que, depois de oferecida e recebida a denúncia, seja esta aditada para imputar-se ao réu a prática de *novos fatos*.

Mas, nos casos em que a jurisprudência condescende com o aditamento da denúncia para imputar-se ao réu crime conexo ou infração continuada, em nome dos benefícios da economia processual, nesses casos, tratando-se de nova infração, atinente a fatos não descritos nem expressa nem implicitamente na denúncia originária, com o recebimento do aditamento,

opera-se interrupção da prescrição quanto aos novos crimes objeto da última imputação (CP, art. 117, I); além disso, é indispensável proceder-se a novo interrogatório do réu, reabrindo-se-lhe o prazo para a defesa prévia. Nessas hipóteses, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, deve-se reabrir oportunidade ao réu de reinquirir testemunhas já ouvidas, caso o queira (*RTJ*, *46*:309).

É esse o ensinamento da abalizada doutrina de Jaques de Camargo Penteado, Júlio César Ribas e Clóvis Almir Vital de Uzeda, ao apreciarem caso análogo: "inegável que, havendo aditamento, não em função do parágrafo único do art. 384 do Cód. de Processo Penal, mas por força de conexão, deva seguir-se citação do réu e novo interrogatório" (*O aditamento no processo penal*, ed. Saraiva, 1992, p. 30).

Da mesma forma, já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Denúncia — aditamento — ausência de citação após o ato — nulidade reconhecida — ordem concedida de ofício. Quando ocorre aditamento à denúncia, imputando-se um fato novo, a citação é obrigatória, pois o acusado tem direito de saber de que fato está sendo processado, para poder articular a defesa, pena de caracterizar-se cerceamento de defesa e conseqüente nulidade" (*RJDTACrim*, *5*:87).

Ou, ainda: "Se as provas trouxerem fatos novos, e estes não se encontrarem sequer descritos na denúncia, necessário se torna o aditamento, para que o réu, com a possibilidade de nova produção de prova, saiba do que se defender" (*RJDTACrim*, *8*:235).

O mesmo raciocínio aplica-se quando o aditamento é lançado para incluir um comparsa, posteriormente identificado, ou para descrever um novo fato ilícito, ocorrido no contexto do crime antecedente. Com efeito, "nas hipóteses de aditamento espontâneo do Ministério Público, que ocorrem quando, no curso da instrução, surgem provas pertinentes, deve o juiz, sempre que necessário, reabrir a instrução quanto ao outro co-réu ou à outra infração" (*RJDTACrim*, *12*:72).

Inaplicável seria no caso o entendimento de que a nulidade seria relativa. Somente não teria interesse em argüir dita nulidade o apelante, se o aditamento dissesse respeito a um co-réu e a objeção não estivesse sendo levantada por quem foi alcançado pelo prejuízo (nesse sentido, *RT*, *535*:388). Mas, se houve uma imputação nova e autônoma, que embora conexa com aquela já constante da denúncia originária, não estava contida nem explícita nem implicitamente nesta, o aditamento equivale a uma *nova denúncia*, sendo indispensável o novo interrogatório do réu, seguido de reabertura de oportunidade à defesa para arrolar testemunhas. A inobservância importa nulidade.

Art. 577 do CPP

501. Art. 577 do CPP — interesse recursal — *v.*

Apelação, p. 53.

Interesse processual, p. 535.

Ministério Público, p. 652.

Recursos, p. 722.

502. Art. 577 do CPP — recurso do Ministério Público a favor do réu

Interesse processual, p. 536.

Ministério Público, p. 652.

Recursos, p. 725.

Discute-se em doutrina e jurisprudência se o Ministério Público pode recorrer *em favor do réu*, já que o próprio Cód. de Processo Penal não admite recurso da parte que *não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão* (art. 577, parágrafo único).

A nosso ver, é perfeitamente possível que o Ministério Público o faça, esteado em precedentes do Supremo Tribunal Federal, que vem entendendo possa o Ministério Público interpor recurso em favor do réu (RE Crim 86.088, *DJU*, de 12-12-77,

p. 9.037; cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, notas ao art. 577, ed. Saraiva, 1991; *RSTJ*, *32*:138; *RTJ*, *83*:949; *RT*, *575*:367-TJSP; *567*:344, *563*:304, *548*:418-STF, *432*:325; *JTACrim*, *71*:322 e 393, *66*:229, *60*:292, *59*:346; *RJDTACrim*, 7:52 — TACrim; no mesmo sentido, cf. JÚLIO F. MIRABETE, *Processo Penal*, p. 610, ed. Atlas, 1994).

Ocorre que, sobre não se compatibilizar com a atuação ministerial obter a condenação de inocentes, se não pudesse recorrer em favor do réu, o Ministério Público correria o risco até mesmo de ver constituído em seu favor um título executório eventualmente nulo, e, mais tarde, a qualquer momento, por meio de revisão criminal ou *habeas-corpus*, esse título poderia ser nulificado, quando a essa altura o Ministério Público não raro nada mais poderia fazer.

503. Art. 577 do CPP — réu que se conforma com a sentença, mas seu defensor recorre — *v.*

Apelação, p. 53.

Interesse processual, p. 535.

Recursos, p. 722.

Renúncia da apelação, p. 734.

504. Art. 577 do CPP — pedido absolutório formulado por um Promotor de Justiça não impede interposição de apelação por outro Promotor visando à condenação

Se um Promotor de Justiça opina pela absolvição, quando dos debates finais da causa, e a sentença acolhe sua manifestação e absolve o réu, outro Promotor de Justiça, entendendo presente o interesse de agir da instituição que representa, pode tempestivamente apelar e buscar a condenação do réu.

Alegam alguns que, sendo o Ministério Público uno e indivisível, e não tendo tido sucumbência (*RT*, *598*:353), não poderia apelar.

A nosso ver, a questão merece outro enfoque.

Enquanto as partes privadas geralmente demandam em defesa de interesses próprios, pois é excepcional a possibilidade de, em nome próprio, defenderem direitos alheios, já os agentes do Ministério Público não defendem interesses pessoais, nem da própria instituição — parte pública —, e sim zelam pela prevalência do ***interesse público primário***, para nos valermos de conceituação notabilizada pelo publicista RENATO ALESSI. No processo penal, o interesse público primário objetivado é o ***ius puniendi***, de que é titular o Estado soberano, contraposto ao ***ius libertatis*** do acusado.

O interesse de agir do Ministério Público, enquanto órgão do Estado, é presumido pela norma que lhe confere a atuação e a intervenção[50].

Verdade que os órgãos do Ministério Público gozam de independência e liberdade funcional. Por isso que, embora encarregados da acusação penal, podem e devem pedir absolvição quando entendam que o réu é inocente. Mas em nada esse pedido absolutório faz desaparecer em tese o interesse de agir, pois que nem a instituição nem seus membros têm disponibilidade sobre o interesse material subjacente cuja perseguição a lei lhes comete (CPP, arts. 42 e 576).

Fosse diverso do que dizemos, então a superveniência de pedido absolutório pelo Ministério Público faria desaparecer já aí o interesse de agir, e o Juiz então não poderia absolver o réu, e sim deveria extinguir o processo, sem julgamento de mérito, em decorrência de suposta carência. Ao julgar o mérito, apesar do pedido absolutório do Ministério Público, o Juiz está formalmente reconhecendo que, ***não obstante a manifestação em prol da absolvição do Promotor***, o interesse de agir do Estado permanece íntegro, a impor ou exigir prestação jurisdicional de mérito.

---

50. A propósito, *v.* verbete *Interesse processual — Ministério Público*, p. 536.

O interesse processual mede-se pelo binômio *necessidade-utilidade* da providência pedida em defesa de um pretendido direito. No caso, mesmo com o pedido absolutório formulado por um Promotor, mantém-se perfeita adequação entre a prestação condenatória pedida na denúncia — a que nenhum membro do Ministério Público poderia renunciar — e a prestação jurisdicional condenatória buscada no recurso.

Nada poderia impedir que o primeiro Promotor de Justiça, que funcionou nos autos, pedisse a absolvição, como nada impediria que outro Promotor interpusesse tempestivo apelo, desde que dissentisse do primeiro e estivesse dotado de atribuições legais para oficiar no feito. O reverso também é verdadeiro: nada impediria que o primeiro deles pedisse a condenação, o réu fosse condenado, e o segundo dos Promotores apelasse em favor da absolvição ou, nas contra-razões ao apelo do réu, concordasse com a tese absolutória apresentada pelo defensor apelante.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido que o parágrafo único do art. 577 do Cód. de Processo Penal não impede que outro Promotor de Justiça apele contra a sentença absolutória, ainda que a absolvição tenha sido pedida por um colega seu (*RT*, *503*:373, *500*:360; no mesmo sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, arts. 577 e 593). Esse também tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal (*HC* n. 67.843, *DJU*, 16-3-90, p. 1.869), cuja 2ª Turma, noutro julgamento, assim assentou: “Alegação de falta de interesse do Ministério Público para recorrer da sentença absolutória, porque, nas alegações finais, o Promotor de Justiça que interveio pedira a absolvição. Recurso interposto por outro membro do Ministério Público, que foi provido, com a condenação do ora paciente em fundamentado aresto. Hipótese em que não cabe ver violação ao parágrafo único do art. 577 do Cód. de Processo Penal. Independência funcional dos membros do Ministério Público. Funções de *custos legis* e *dominus litis*. A manifestação do Ministério Público, em alegações finais, não vincula o julgador tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito

policial, nos termos e nos limites do art. 28 do Cód. de Processo Penal. *Habeas-corpus* indeferido" (2ª T. STF, *HC* n. 69.957-0-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, maioria, j. 9-3-93, *DJU*, 25-3-94, p. 5.996). Ainda no mesmo sentido, *v.* precedente publicado em *Justitia*, *172*:144.

Por último, cumpre afastar o argumento de que a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público imporiam prevalecesse a manifestação absolutória do primeiro Promotor de Justiça.

Como já temos tido ocasião de destacar, ***unidade*** é apenas o conceito de que os Promotores de Justiça de um Estado integram um só órgão, sob a direção de um só chefe; ***indivisibilidade*** significa que os membros do Ministério Público exercem uma função, podendo ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei. Em nada a opinião de um órgão vincula a de outro, porque a esses princípios se opõem os da independência e da liberdade funcionais (*RT*, *494*:269; *Regime jurídico do Ministério Público*, Cap. 5, ed. Saraiva, 1996; *Introdução ao Ministério Público*, Cap. 5., ed. Saraiva, 1998).

Assim, se tinha o Promotor recorrente atribuições para oficiar no feito, poderia apelar, ainda que seu colega, com atribuições legais para oficiar em audiência, tivesse antes opinado pela absolvição. E não obstam a isso os princípios da unidade e da indivisibilidade.

505. Art. 577 do CPP — defesa integralmente atendida na sentença — interesse de recorrer

Se a sentença condena o réu, acolhendo expressa tese defensória em favor de imposição de pena mínima para o caso, poderia a defesa subseqüentemente apelar em busca da absolvição? Ou faltar-lhe-ia interesse processual na reforma do julgado (art. 577, parágrafo único, do CPP)?

Uma vez que o processo penal lida com interesses indisponíveis, dos mais altos da pessoa humana, como o *status liberta-*

tis, não se pode admitir que desapareça o interesse processual de impugnar uma sentença condenatória, pelo só fato de ter ela acolhido a manifestação do causídico, em primeiro grau. E isso porque, em tese, nada impede que novos argumentos possam ser sopesados, e que justifiquem um pedido de reapreciação do caso pela segunda instância. Admitir o contrário, será apegar-se a formalismos para, muitas vezes, manter clamorosas injustiças, que ferem os valores sociais que são buscados no próprio processo penal.

Além disso, muitas vezes é o defensor quem pediu imposição de pena mínima, quando das alegações finais ou dos debates finais da causa, e é o próprio réu quem apela, quando intimado pessoalmente da sentença. Ora, é-lhe lícito manifestar pessoalmente sua inconformidade, consoante dispõe o *caput* do art. 577 do Cód. de Processo Penal. E o recurso terá maior ou menor efeito devolutivo, conforme venha a ser fixado na petição ou no termo de interposição do apelo e não nas razões do recurso (CPP, art. 599).

Assim, tem o réu todo o direito de ver revistas em segundo grau *todas* as questões discutidas nos autos, e até mesmo aquelas sequer discutidas até então, mas que eventualmente possam ou devam ser apreciadas de ofício (nesse sentido, Ap. n. 1.038.303-7-Franca, TACrim).

É caso, assim, de conhecimento do apelo.

Art. 578 do CPP

506. Art. 578 do CPP — recurso da defesa sem petição ou termo — *v.* tb.

Art. 578 do CPP (recurso da acusação), p. 373.

Diz o art. 578 do Cód. de Processo Penal que o recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

Poderia ser admitida como apelação uma manifestação informal lançada pelo réu ou por seu defensor, ao pé do mandado, quando tomem ciência da sentença, ou nos próprios autos, em nota de ciência ou em mera cota lançada aos autos?

A nosso ver, no campo criminal devem ser admitida como inconformidade recursal tais atos, desde que se trate de manifestações inequívocas de inconformidade com a condenação, e desde que sejam lançados dentro do prazo legal para a impugnação recursal.

Segundo tem decidido a jurisprudência, se foi tempestiva a inconformidade, embora lançada em peça imprópria para isso — em sede de contra-razões de apelo ou por meio de mera cota (*RTJ*, *77*:119; *RT, 633*:270, *606*:314) — não deve o réu ser prejudicado pela informalidade da manifestação, sob pena de se restringir o princípio da ampla defesa, constitucionalmente assegurado.

507. Art. 578 do CPP — recurso da acusação sem petição ou termo — *v.* tb.

Art. 578 do CPP (recurso da defesa), p. 372.

Como vimos, o art. 578 do Cód. de Processo Penal supõe que o recurso seja interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

Já temos visto algumas vezes que o réu, o defensor e o Promotor de Justiça, até mesmo sem regular abertura de vista nos autos, lancem cota marginal, dizendo inconformar-se com a sentença.

Contudo, assim como se faz com idênticas manifestações do réu ou da defesa (*RTJ*, *77*:119; *RT, 633*:270, *606*:314), também essa cota ministerial há de ser recebida como tempestiva manifestação de inconformidade recursal. Assim, embora não se considere recomendável essa forma de interposição do apelo, tem-se admitido sua validade (*RT*, *562*:304; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 578).

Art. 580 do CPP

508. Art. 580 do CPP — recursos — efeito devolutivo — extensão aos co-autores — *v.* tb.

Recursos, p. 722.

Segundo o art. 580 do Cód. de Processo Penal, no caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um deles, se fundados em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais. Assim, por exemplo, a inexistência do fato, a atipicidade do fato ou a *abolitio criminis*, entre outras hipóteses, poderiam ter esse efeito (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 580, cit.; *RT*, *518*:346).

Suponhamos, entretanto, que o acórdão absolva o réu apelante estritamente com base na discussão da prova, e, invocando o art. 580 do Cód. de Processo Penal, estenda a absolvição aos co-réus. Poderia fazê-lo?

Se, por exemplo, é absolutamente idêntica a situação probatória de réu apelante e de réu não apelante, parece-nos razoável uma certa elasticidade na interpretação do art. 580 do Cód. de Processo Penal. Seria inaceitável injustiça absolver um enquanto se mantém a condenação de outro réu, só porque não recorreu, embora a prova contra ambos seja exatamente a mesma.

Caso diverso, porém, é quando haja particularidades probatórias em relação a uns e outros réus; aí, não poderá o acórdão, extravasando os limites do apelo (*tantum devolutum quantum appellatum*), acabar discutindo a questão da prova particularizada e diferenciada *também em relação a réu não apelante*. Para assim o fazer, o tribunal teria necessariamente que examinar a situação da prova fora dos limites do apelo e buscar a análise individualizada e diferenciada da prova em relação a cada um dos réus, assim violando as regras dos arts. 580 e 599 do Cód. de Processo Penal.

Art. 593 do CPP

509. Art. 593 do CPP — apelação — *v.*

Art. 578 do CPP (recurso da acusação), p. 373.

Art. 578 do CPP (recurso da defesa), p. 372.

Interesse processual, p. 535.

Recursos, p. 722.

Renúncia da apelação, p. 734.

Art. 593, § 4º, do CPP

510. Art. 593, § 4º, do CPP — apelação *versus* recurso em sentido estrito

Embora tenha a parte eleito outra via recursal (art. 581, XI, do CPP), dispõe o § 4º do art. 593 do CPC que, quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra. Assim, *v.g.*, se a defesa, aceitando a condenação, pretende apenas a concessão do *sursis* negado na sentença, deve interpor apelação, não o recurso criminal (no mesmo sentido, posto citando como exemplo a inconformidade da acusação, *v.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal Anotado*, 9ª ed., nota ao art. 593). Entretanto, a opção pelo recurso em sentido estrito não impede seu conhecimento como apelação, à vista do princípio da fungibilidade recursal, desde que não tenha havido erro grosseiro, nem má-fé, nem intempestividade.

Art. 594 do CPP

511. Art. 594 CPP — a regra que supõe o recolhimento à prisão para apelar não viola a Constituição

Segundo o art. 594 do Cód. de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 5.941/73, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se primário e de

bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou se condenado por crime de que se livre solto.

No art. 594, a prisão, como condição de procedibilidade para apelar, é uma das espécies de prisão processual; nesse caso, "se se admite a prisão processual é como cautela, nunca como pena antecipada ou provisória" (*RT*, *597*:263 e s.).

O art. 594 do Cód. de Processo Penal não estabelece uma presunção de culpa; ao instituir uma hipótese de prisão processual, essa regra nada tem de inconstitucional, nem fere, *a priori*, os princípios constitucionais da presunção de inocência ou da ampla defesa (*JSTF*, *156*:312-STF Pleno; Súm. n. 9 – STJ, e *RJDTACrim*, *23*:418, *22*:152).

Por meio dela, não se impede o acesso ao duplo grau de jurisdição: este apenas é *condicionado* — mas não *elidido* — pela exigência do recolhimento à prisão. Trata-se de pressuposto de admissibilidade do recurso, como também o são a tempestividade e a pertinência.

Como decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, "inexiste antinomia entre a norma da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, n. 2, *h*), ratificada pelo Congresso Brasileiro, e a disposição enunciada no art. 594 do CPP, porque em ambos é reconhecido o duplo grau de jurisdição" (Ap. n. 1.033.485, TACrim, rel. Nogueira Filho, j. 7-11-96, v.u.).

512. Art. 594 do CPP — apelação em liberdade — réu que não tinha direito ao benefício

"Subindo o recurso e tendo o Juiz de primeiro grau, ainda que erroneamente, mas sem recurso da Justiça Pública, recebido apelação interposta por réu que deveria se recolher à prisão, não pode a segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, em *reformatio in pejus*, cassar o benefício e condicionar o conhecimento e julgamento do recurso à referida prisão" (MIRABETE, *Processo penal*, ed. Atlas, p. 622; Ap. 697.567-7-Taubaté, TACrimSP).

Se a sentença, ainda que indevidamente, concedeu a réu reincidente o direito de apelar solto, o caso é de conhecer do apelo, se não houve inconformidade do Ministério Público (*RTJ*, *136*:1210, *130*:662, *98*:637), não podendo o tribunal, de ofício, determinar que o apelante se recolha à prisão (*RT*, *704*:432, *610*:436-STF).

513. Art. 594 do CPP — réu que estava solto — exigência da sentença de recolher-se à prisão

Se o réu é primário e respondeu solto ao processo, e se as circunstâncias judiciais o favorecem, não se tem admitido que a sentença condenatória exija seu recolhimento à prisão como condição de processamento de seu apelo (art. 594 do CPP), sob pena de caracterizar-se constrangimento ilegal (*HC* n. 75.192-0, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T. STF, j. 16-9-97, *DJU*, 14-11-97, p. 58.766).

Art. 598 do CPP

514. Art. 598 do CPP — apelação do assistente do Ministério Público — *v.*

Assistente do Ministério Público, p. 393.

Art. 599 do CPP

515. Art. 599 do CPP — apelação — impugnação ao fundamento da sentença — *v.*

Absolvição – fundamento, p. 35.

Art. 386 do CPP, p. 349.

Interesse processual, p. 535.

Recursos, p. 722.

516. Art. 599 do CPP — apelo do Ministério Público — quando não aproveita ao réu — efeito devolutivo — *v.* tb.

Efeito devolutivo, p. 492.

"É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ofende o art. 574 do Cód. de Processo Penal a decisão que, na ausência de recurso do réu, se serve do da acusação, que visa a exasperar a pena, para minorá-la" (RECr. n. 108.479-1-SP, 1ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. 6-10-87, *DJU*, 5-2-88, p. 1.383; no mesmo sentido, *RJTJSP*, *118*:501).

517. Art. 599 do CPP — apelo do Ministério Público — efeito devolutivo — limites — *v.* tb.

Efeito devolutivo, p. 492.

O art. 599 do Cód. de Processo Penal é bem claro em dizer que "as apelações podem ser interpostas quer em relação a todo o julgado, *quer em relação a parte dele*", o que demonstra ter inteira aplicação no processo penal o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, que por sua vez é conseqüência do princípio *ne procedat judex ex officio*. Trata-se de regras que visam a evitar o julgamento *extra* ou *ultra petita*, acolhidas não só pela lei positiva, como pela doutrina e pelos arestos do Supremo Tribunal Federal, ainda quando se trate de recurso do Ministério Público (*RT*, *599*:444, *587*:424, *569*:425, *567*:402; *RTJ*, *103*:398; *HC* n. 60.790, j. 17-5-83, *DJU* de 1º-7-83, p. 9.994).

Os limites devolutivos do apelo — inclusive os apelos do Ministério Público — são fixados na *petição de interposição* e não nas *razões do recurso*, pois, caso contrário, um apelo amplo poderia ser posteriormente limitado quando do oferecimento das suas razões, meio indireto de burlar o princípio que veda que o Ministério Público desista de recurso penal, no todo ou em parte (art. 576 do CPP). Referindo-se ao recurso do Promotor de Justiça, com razão anotou FREDERICO MARQUES que, "se apelou, por exemplo, contra a sentença de primeiro grau, sem estabelecer limitações, vedado lhe está diminuir ulteriormente o âmbito do procedimento recursal" (*Elementos de direito processual penal*, Forense, IV/207). No mesmo sentido é a lição de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código de Processo Penal anotado*, art. 576), lastreada em entendimentos dos tribunais (*RT*, *615*:262, *525*:393 e

521:414), inclusive do Supremo Tribunal Federal (CJ n. 6.114, *DJU*, 8-6-79, p. 4.534; no mesmo sentido, *RT, 423*:474-STF; *RTJ*, *117*:1008).

518. Art. 599 do CPP — apelo do réu — efeito devolutivo — *v.* tb.

Efeito devolutivo, p. 492.

Como vimos, os limites devolutivos do apelo são fixados na *petição de interposição* e não nas *razões do recurso*, princípio este que não só diz respeito aos apelos do Ministério Público como também aos apelos do réu, quando essa regra lhe aproveite.

Com efeito, já têm entendido os tribunais que as razões de apelação do réu não podem restringir o alcance da petição de interposição do apelo (*RTJ*, *72*:27, *RT*, *499*:371), e, embora não pleiteada por expresso a absolvição nas razões do apelo, pode ela ser apreciada no recurso do réu (*RT*, *542*:350).

Art. 600 do CPP

519. Art. 600 do CPP — falta de razões ou contra-razões — *v.*

Art. 601 do CPP, p. 379.

Art. 600, § 4º, do CPP

520. Art. 600, § 4º do CPP — *v.* verbete seguinte

Art. 601 do CPP

521. Art. 601 do CPP — arrazoamento de recurso — falta de contra-razões do Ministério Público — *v.* tb.

Ministério Público, p. 653.

Suponha que, por inadvertência cartorária ou do próprio Promotor de Justiça, subam os autos ao tribunal, para apreciação do recurso do réu, sem as contra-razões ministeriais.

Acreditamos que, com a intervenção do Ministério Público em segundo grau fica suprida a omissão, que prejuízo algum trará à defesa, nem ao Ministério Público, se não o apontar.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "isto de não haver a Promotoria de Justiça contra-arrazoado o apelo do réu não implicou nulidade processual, tratando-se de mera preterição de forma, suprida eficazmente pela intervenção da E. Procuradoria-Geral de Justiça, órgão da mesma nobre Instituição, que tem por apanágio o ser única e indivisível: o Ministério Público" (Ap. n. 1.045.755-1, TACrim, rel. Carlos Biasotti, 15ª Câm., j. 15-5-97).

522. Art. 601 do CPP — falta de razões ou contra-razões do réu — como se supre

Segundo o art. 601 do Cód. de Processo Penal, findos os prazos para oferecimento de razões dos apelos, os autos subirão à apreciação do tribunal, *com as razões ou sem elas*.

Acreditamos esteja a merecer solução menos simplista quando a omissão de oferecimento de razões parta da própria defesa. A nosso ver, a ampla defesa constitucionalmente assegurada faz impor o efetivo exercício da defesa técnica em favor do réu.

Quando se trate de omissão de defensor dativo ou de omissão de curador de réu menor, os tribunais já vêm entendendo de fazer suprir a falta (*RT*, *439*:413). Nos demais casos, não raro se decide "conhecer diretamente da apelação, ainda que sem as razões, se interposta por réu maior com defensor constituído, no caso de, a despeito da intimação pela Imprensa Oficial, não haver apresentado as razões que protestara oferecer em segunda instância" (*RJDTACrim*, *5*:176).

Contudo, a nosso ver isso não basta. Não se pode olvidar que o Código de Processo Penal é de 1941, e, nestes quase sessenta anos, as garantias do contraditório e da ampla defesa adquiriram sentido mais abrangente, firmando-se o consenso de que integra o conceito de ampla defesa não apenas a *virtualidade de seu exercício*, mas sim o *efetivo exercício* da defesa técnica, a que têm direito os réus, mormente quando presos.

Assim, nos casos em que o defensor constituído deixe de arrazoar o apelo em favor do réu, deve-se cientificar o réu da omissão ocorrida, para, querendo, constituir outro defensor, ou então lhe será nomeado substituto para o ato (*RT*, *545*:382). Nesse sentido, já afirmou o Tribunal de Alçada Criminal paulista: "A ausência de razões em recurso não possibilita a subida deste à instância superior, devendo o réu constituir novo defensor, sob pena de se lhe nomear dativo, a fim de assegurar o direito à aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório" (*RJDTACrim*, *5*:48).

A não se fazer assim, também será possível nomear-se defensor dativo para o ato (CPP, art. 265, parágrafo único). O que não se há de fazer é simplesmente julgar sem as razões do apelo.

523. Art. 601 do CPP — falta de razões do apelo — quando não é necessário supri-la

Haveria alguma hipótese em que seria possível dispensar o efetivo oferecimento de razões de apelo, nas inconformidades recursais apresentadas pela defesa?

Em regra, em nome do princípio da ampla defesa, que supõe efetivo exercício de defesa técnica, normalmente temos entendido se deva nomear defensor *ad hoc*, quando a falta de razões indique eventual abandono da defesa em prejuízo do réu.

Entretanto, em alguns casos os tribunais têm interpretado esse princípio com algumas restrições, como quando em concreto se verifique que a falta de razões recursais não indica abandono da defesa e sim clara opção do advogado constituído,

que protesta expressamente pela aplicação do art. 600, § 4º, do Cód. de Processo Penal, mas depois, mesmo intimado, deixa de arrazoar o apelo. Nessa linha, o Tribunal de Alçada Criminal tem entendido de "conhecer diretamente da apelação, ainda que sem as razões, se interposta por réu maior com defensor constituído, no caso de, a despeito da intimação pela Imprensa Oficial, não haver apresentado as razões que protestara oferecer em segunda instância" (*RJDTACrim*, *5*:176).

Da mesma forma se procede em caso de falta de contra-razões. Assim se vê deste precedente do Tribunal de Alçada Criminal paulista: "O advogado constituído pelos réus foi regularmente intimado a apresentar contra-razões ao recurso do Ministério Público. A norma de regência não exige a efetiva apresentação de resposta à impugnação recursal, assegurando-se o direito ao contraditório com o ensejo de oportunidade de manifestação da parte. Apresentar ou não as contra-razões é questão de estratégia defensiva, submetida aos critérios do advogado dos réus. De resto, da mesma sorte como a falta de oferecimento de razões recursais não constitui impedimento a que se conheça da impugnação, também a ausência de contra-razões não poderá configurar motivo de dilação ou de interdição ao conhecimento do apelo" (Ap. 1.064.445-3, 11ª Câm., j. 1º-9-97).

Em casos tais, se faltarem razões ou contra-razões de apelo, devem os tribunais considerar as teses defensórias constantes das alegações finais apresentadas pelas partes.

524. Art. 601 do CPP — razões ou contra-razões de apelo apresentadas fora do prazo

O recurso deve ser conhecido. A tempestividade de um recurso criminal se afere *pela sua interposição* e não *pelo seu arrazoamento*; a intempestividade do arrazoamento é mera irregularidade, que não é causa do não-conhecimento do recurso (*RT*, *519*:331, *415*:276; *RF*, *238*:295; *HC* n. 54.688-STF, *DJU*, 18-3-77, p. 1.524; *RTJ*, *117*:1098).

A nosso ver, a intempestividade nem é motivo para desentranhamento da manifestação, ou, se o for, não impede sua juntada por linha, em segundo grau. Afinal, mesmo intempestiva, uma manifestação pode aclarar um ponto de fato ou de direito, assim contribuindo para a solução da lide. Essa interpretação flexível em nada prejudicará o andamento normal do processo, pois que, vencido o prazo, o feito tomará o andamento que for devido, mas, se a manifestação chegar aos autos antes do julgamento, e desde que isso não importe em retrocesso nos atos e termos do processo, a nosso ver nada impede que venha a ser acostada aos autos.

Art. 610 do CPP

525. Art. 610 do CPP — recursos — vista à Procuradoria-Geral de Justiça — *v.*

Contraditório, p. 428.

526. Art. 610 do CPP — defesa — vista dos autos depois da Procuradoria-Geral de Justiça

Como a Constituição de 1988 adotou o princípio acusatório puro (art. 129, I) e assegurou o contraditório e a ampla defesa no processo criminal (art. 5º, LV), vez ou outra tem-se sustentado que a defesa deva ter vista dos autos junto aos tribunais depois de apresentado o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça favorável à condenação (nesse sentido, cf. *RHC* n. 4.457/SP, STJ, rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª T., v.u. 13-11-95, *DJU*, 24-6-95, p. 22.810).

Esse entendimento nem mesmo é novidade, pois, já antes da atual Constituição, FREDERICO MARQUES observara que “não se compadece muito com a estrutura contraditória do processo penal pátrio e com as garantias de defesa plena do réu, que fale em último lugar um órgão investido de funções nitidamente persecutórias” (*Elementos de direito processual penal*, IV, Forense, 1965, p. 220).

A essas objeções procuram outros responder com o argumento de que o Procurador de Justiça oficia como *custos legis* e não como *parte*.

Não nos parece, porém, seja essa a melhor resposta, até porque o Procurador de Justiça é órgão do Ministério Público, que, por sua vez, é parte formal no processo penal, como já tivemos ocasião de sustentar (*RT*, *469*:267). Se tem ele liberdade para opinar pela absolvição ou condenação, menos liberdade não a tem o Promotor de Justiça, em primeiro grau.

A nosso ver, o verdadeiro fundamento pelo qual se admite fale o Procurador antes da decisão do Tribunal consiste em que tal providência não viola o contraditório na instrução. Com mais razão, sendo o réu o apelante, nada poderia obstar a que o autor, apelado, falasse por último. Mas, mesmo nos casos em que o Ministério Público seja o apelante, o parecer do Procurador de Justiça será meramente opinativo e se limitará à discussão dos elementos de fato colhidos na instrução, esta sim já colhida sob o contraditório. Estará ele apenas falando sobre provas a respeito das quais o réu já teve oportunidade de falar; mas, se juntasse documentos ou produzisse provas, ainda que supostamente favoráveis ao réu, aí sim seria mister ouvir a parte contrária (*audiatur aut altera pars*).

Assim, já sob a vigência da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal teve ocasião de afirmar: "o defensor público será intimado, pessoalmente, de todos os atos do processo, desde que lhe incumba a prática de ato processual. Não há falar em intimação pessoal do defensor público para emitir parecer, nos autos, após a manifestação do Procurador-Geral de Justiça, que oficia *ex vi* do disposto do art. 610, Cód. de Processo Penal. Após o parecer do Procurador-Geral, seguem-se os atos processuais inscritos no art. 613, CPP. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 70.283-PR, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 9-11-93, *DJU*, 15-4-94, p. 8.047).

De qualquer forma, porém, para maior pureza do princípio acusatório, a nosso ver será desejável que *de lege ferenda* ve-

nha a ser suprimida a manifestação ministerial posterior às contra-razões de defesa.

Art. 617 do CPP

527. Art. 617 do CPP — diligências determinadas no tribunal — *v.*

Arts. 383 e 384 do CPP, p. 341 e 346.

528. Art. 617 do CPP — *reformatio in pejus* indireta — *v.* tb.

Art. 185 do CPP (novo interrogatório), p. 258.

Se a sentença foi anulada em sede de recurso exclusivo do réu, ou em sede de revisão criminal, remédio jurídico este estritamente benéfico ao sentenciado, incurial viesse agora a ter ele agravada sua situação, com a nova sentença proferida, em verdadeira *reformatio in pejus* posto que indireta.

Assim, a nova sentença, para não incidir em *reformatio in pejus* indireta, não pode, ainda que mantendo a mesma capitulação, condenar o réu a pena maior do que aquela proferida na sentença anulada, da qual o Ministério Público não tinha recorrido.

Somente não se configuraria a *reformatio in pejus* indireta, se não tivesse havido trânsito em julgado da sentença anterior para acusação; nesse caso, se o Ministério Público tivesse apelado da sentença, mesmo que esta fosse anulada, poderia o réu receber posterior exacerbação da pena carcerária (*RJDTACrim*, 7:191, rel. Manoel Carlos). Nunca em caso contrário.

Embora haja respeitáveis entendimentos no sentido de que o Juiz, ao proferir nova sentença, poderia impor pena mais grave do que aquela proferida na sentença anulada (cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 617), em nosso entendimento isso só poderia ocorrer se tivesse havido

recurso do Ministério Público, não em decorrência de recurso exclusivo do réu.

Em pureza de princípio, poder-se-ia argumentar que, se a sentença anterior foi *anulada*, a nova sentença não poderia estar limitada por um ato jurídico já nulificado. Ocorre que esse argumento, levado às últimas conseqüências, levaria a inaceitável incongruência, tanto mais grave quando se sabe que estamos lidando com interesses indisponíveis. Assim, suponhamos que o réu tivesse sido condenado a uma pena de 1 ano de prisão, a despeito da existência de uma nulidade cujo reconhecimento só a ele aproveitaria; imaginemos ainda que, tendo transitado em julgado a sentença para a acusação, só o réu apele. Se o acórdão provê seu apelo e anula a sentença, seria absurdo que a nova sentença, a ser proferida em substituição àquela nulificada, pudesse impor-lhe pena ainda maior, pois isso equivaleria à rescisão da coisa julgada que já se tinha formado contra a acusação.

Desta forma, a primeira sentença, anulada em virtude de provimento de recurso interposto só pela defesa, torna-se limite máximo de imposição de pena na nova sentença, sob pena de haver *reformatio in pejus* indireta (*RTJ*, *152*:892, *95*:1081, *88*:1018; *RT*, *548*:418).

Art. 630 do CPP

529. Art. 630 do CPP — revisão — pedido de indenização — *v.*

Revisão (indenização cível), p. 749.

Art. 637 do CPP

530. Art. 637 do CPP — prisão enquanto pendentes recursos especial ou extraordinário — *v.* tb.

Prisão processual, p. 712.

Cf. tb. Lei n. 8.038/90, art. 27, § 2º.

Segundo o art. 637 do Cód. de Processo Penal, o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os autos originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, a interposição de recurso extraordinário ou especial não impede a prisão: "Condenação não transitada em julgado 1. A determinação do Juiz de 1º grau, na sentença condenatória, no sentido de que o mandado de prisão somente seja expedido após o trânsito em julgado, vale para seu escrivão e visa a permitir a interposição de recurso, pelo réu, em liberdade, quando concedido o benefício. Não pode, porém, impedir que o Tribunal de 2º grau, ao negar provimento à apelação do réu, como no caso, determine, desde logo, a expedição do mandado de prisão, para cumprimento da condenação, em face do que estabelece o art. 637 do Cód. de Processo Penal. Até porque os recursos extraordinário (para o STF) e especial (para o STJ) não têm efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038, de 28-5-90). Precedentes. 2. Nem mesmo o disposto no inciso LVII do art. 5º da CF é empecilho à expedição do mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, pois, nessa hipótese, obsta, apenas, o lançamento do réu no rol dos culpados, segundo entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal" (*HC* n. 73.489-SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 25-6-96, 1ª T. STF, v.u., *DJU*, 13-9-96, p. 33.232).

Art. 792, § 1º, do CPP

531. Art. 792, § 1º, do CPP — publicidade nas audiências — *v.* tb.

Audiência, p. 397.

Segundo o *caput* do art. 792 do Cód. de Processo Penal, as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos; seu § 1º admite que o ato processual possa, porém, ser realizado a portas fechadas, com número limitado de pessoas que

possam estar presentes[51], desde que da publicidade da audiência, da sessão ou do ato possa resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem.

Assim, são excepcionais os casos em que se nega publicidade às audiências criminais.

Há alguns anos, entretanto, tivemos o caso de um Promotor de Justiça do interior, que apelou contra sentença absolutória, apontando a nulidade do feito a partir de realização de audiência que não contara com a presença do órgão do Ministério Público, o qual se recusara a participar de ato realizado a portas fechadas, em violação ao art. 5º, LX, da CF, e ao art. 792, § 1º, do Cód. de Processo Penal. Segundo entendia o Magistrado, inexistia violação a dispositivos legais, porque a porta restava apenas *encostada*, em face do calor da região, mitigado por aparelho de ar condicionado.

Ao contrário do que ocorre no processo civil, o Cód. de Processo Penal não prevê segredo de justiça para os feitos criminais (*RT*, *589*:313); o que faz é restringir a publicidade de audiência, sessão ou ato processual, para evitar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem; *a contrario sensu*, fora dessas hipóteses, não admite audiência *a portas fechadas* (art. 792, § 1º).

Esse dispositivo foi recepcionado pela nova ordem constitucional, que prevê restrições à publicidade dos atos processuais apenas em defesa da intimidade ou do interesse social ou ainda em razão do interesse público (arts. 5º, LX, e 92, IX, da CF). No caso, não se alegava a presença de nenhuma dessas hipóteses. O conforto gerado pelo funcionamento do aparelho de ar condicionado, em região sabidamente quente, não se erige a razão que recomende se evite *escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem*.

---

51. Pelo menos com a presença das partes, ou de seus representantes, e do escrivão, afora o Juiz.

Portas encostadas ou *fechadas* na verdade significam vedar a quem está fora da sala, ainda que de passagem, ver ou ouvir o que ocorre dentro da sala. E por que a lei quer *publicidade, com portas abertas*? Para transparência do ato; para que qualquer pessoa, e não só o Juiz e as partes, possam ver o que ocorre lá dentro. Nessa simbologia da *porta aberta*, estão tradições antigas e sólidas; está o próprio acesso à Justiça e a certeza de que a Justiça não só é honesta, como deve ser transparente, para firmar e manter sua credibilidade na população.

Enfim, como disse Bento de Faria, "a publicidade do juízo é a melhor garantia da própria Justiça" (*Código de Processo Penal*, v. 2º, p. 392). Aliás, já dissera MIRABEAU ante a Assembléia Constituinte: "dêem-me o juiz que quiserem (...); pouco me importa, desde que ele nada possa fazer senão em face do público" (*apud* ROBERT WYNESS MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, n/trad.).

Como titular que fomos de Promotorias de Justiça em comarcas igualmente quentes (Santa Fé do Sul e São Sebastião) e tendo oficiado em outras nessas condições (Pereira Barreto, p. ex.), não houve verão que boa vontade ou um mero ventilador não aliviassem, garantindo a realização de audiências a portas abertas. O próprio ar condicionado, se estendido ao corredor, pode resolver o problema.

A nosso ver, é equivocado o posicionamento do Magistrado, que não acede a um requerimento com expresso supedâneo legal; iniciara o ato fora do horário fixado; conduzira a audiência sem a presença do acusador público, de forma que passou a constituir-se a um só tempo órgão investigador e órgão julgador; não buscara providenciar a redesignação do ato ou a presença do substituto automático ou de outro membro da Instituição, eventualmente designado pelo chefe do *parquet*. Igualmente equivocado esteve o Promotor de Justiça, cujo mister exigia sua presença *a todos os atos da instrução criminal*, como titular constitucional da pretensão punitiva do Estado. A ele incumbia estar presente à audiência, argüir na sua abertura as razões da nulida-

de, nela exercer todos os misteres afetos à instituição, e oportunamente apresentar eventual inconformidade pelas vias processuais pertinentes.

Art. 798 do CPP

532. Art. 798 do CPP — ato praticado nas férias forenses

Seriam nulos os atos praticados nas férias forenses, como a citação?

Embora a praxe consinta com a paralisação de processos penais com réus soltos, durante as férias forenses, na verdade e a rigor, o processo penal não se suspende por férias (CPP, art. 798 *caput*), de sorte que são válidos os atos ali praticados, o que significa que, se houver uma intimação durante as férias, fluirão regularmente os prazos durante seu curso (*RTJ*, *117*:1020, *113*:97; *RT*, *624*:416 e *580*:428).

Art. 798, § 1º, do CPP

533. Art. 798, § 1º, do CPP — prazos do Ministério Público — *v.*

Intimação, p. 537.

Prazos do Ministério Público, p. 694.

534. Art. 798, § 1º, do CPP — intimação na sexta-feira — início do prazo na segunda-feira

Segundo o § 1º do art. 798 do Cód. de Processo Penal, e § 2º do art. 184 do Cód. de Processo Civil, aplicável analogicamente (CPP, art. 3º), os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação. Por vez, arremata a Súm. n. 310 – STF: "quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não hou-

ver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir".

535. Art. 798, § 1º, do CPP — intimação pelo *DOE* na sexta-feira — quando o prazo inicia na terça-feira

Se a intimação se deu por publicação no *DOE*, ocorrida na sexta-feira (*marco da contagem*), e se na comarca essa publicação só circulou no sábado ou na segunda-feira imediatos, o prazo começa a correr a partir de terça-feira (*dia inicial da fluência do prazo*). Esse tem sido o entendimento da jurisprudência e da doutrina, ou seja, o prazo se conta a partir do dia seguinte ao da circulação do *Diário da Justiça*, no caso, terça-feira (*RT*, *527*:277-STF Pleno; *RT*, *486*:38 — parecer de ARNALDO WALD).

Art. 798, § 5º, do CPP

536. Art. 798, § 5º, do CPP — intimação — prazos das partes — *v.*

Intimação, p. 537.

Prazos do Ministério Público, p. 694.

537. Art. 798, § 5º, do CPP — intimação — início do prazo: juntada do mandado ou data da intimação

O prazo conta-se da intimação e não da juntada do mandado aos autos: o art. 798, § 5º, *a*, do Cód. de Processo Penal é expresso a respeito (STF, *HC* n. 68.113, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 8-3-91, p. 2.201). Essa regra é de aplicação tanto mais rigorosa quando se trate de intimação feita no próprio foro da sentença, e não por carta precatória (quando se tem admitido que o prazo seja contado a partir da juntada da precatória, por analogia com o processo civil; contudo, nas intimações feitas no mesmo foro, não há razão para aplicação analógica, porque o Cód. de Processo Penal tem regra expressa a respeito).

538. Art. 798, § 5º, do CPP — juntada da precatória ou data da intimação

Embora haja entendimentos em contrário (Ap 844.697-1-Jacareí, v.u., 5ª Câm. TACrim, 10-8-94), tratando-se de intimação por precatória, a jurisprudência mais liberal tem admitido que o prazo se conta da partir da juntada da precatória cumprida aos autos, por analogia com o processo civil (*RTJ*, *59*:366; *RT*, *624*:287, *604*:367 e *547*:356; cf. CPP, art. 3º e CPC, art. 241, IV; nesse sentido, REsp 27.516-0-RS, 5ª T. STJ, v.u., rel. Min. Costa Lima, *DJU*, 30-11-92, p. 22.630).

539. Art. 798, § 5º, do CPP — intimação — ciência inequívoca

Se na audiência de instrução e julgamento está ausente o advogado constituído pelo réu, em tese nada impede a realização do ato, observada a norma do parágrafo único do art. 265 do Cód. de Processo Penal.

Se a sentença for proferida na própria audiência, e se dela já saírem cientes o Ministério Público, o réu e o defensor dativo, o prazo para recurso já estará fluindo, pois nada impedirá, nem mesmo para a defesa, que de imediato o recurso seja interposto por termo ou petição, ainda que as razões fiquem para serem apresentadas depois, pelo defensor constituído (art. 798, § 5º, do CPP).

Assédio sexual

540. Assédio sexual — critérios para reconhecer o assédio sexual

Embora o Direito brasileiro atualmente não criminalize como figura penal própria o chamado *assédio sexual*, o comportamento de quem hoje assedia sexualmente outra pessoa pode, em tese, envolver a prática de infração penal, inclusive o constrangimento ilegal.

Não é o galanteio elegante nem a grosseira *cantada* que, por si próprios, configuram o assédio sexual. Se quem se insinua busca o livre consentimento da vítima, não lhe impõe condição nem conseqüências em decorrência da recusa. Como observou LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, coisa diversa é o conceito de assédio sexual, mediante o qual a investida com finalidade sexual visa a pressionar o comportamento da vítima, como na relação de trabalho privada ou até pública, de forma que seu acesso ou sua permanência no trabalho fiquem condicionados à prática de favores sexuais, daí configurando o constrangimento ilegal (*Assédio sexual*, em *Revista Jurídica*, *255*:15).

No famoso caso *Paula Jones vs. Bill Clinton*, a juíza norte-americana SUSAN WEBBER WRIGHT compendiou o que a jurisprudência daquele país tem considerado configurar o assédio sexual, considerando-se que uma pessoa assedia ilegalmente outra, para fins sexuais, se: *a)* tenta usar força física para subjugá-la; *b)* lança mão de seu poder funcional, hierárquico ou administrativo para prejudicar a carreira da outra pessoa; *c)* causa sofrimento emocional sério à vítima, conforme vier a ser apurado pelo seu comportamento subseqüente aos fatos (como, p. ex., necessidade de aconselhamento psicológico). Fora daí, afirma Wright, é possível "comportamento rude e ofensivo, mas não o que legalmente se entende por ataque sexual"[52].

Assistente do Ministério Público

541. Assistente do Ministério Público — papel — *v.* tb. *Assistente do Ministério Público — recursos*, p. 394.

Nas ações penais públicas, o direito de punir do Estado deve ser exercido privativamente pelo Ministério Público (CF, art. 129, I), ressalvado o limitado espectro da atuação da parte privada em caso de inércia do acusador oficial (CF, art. 5º, LIX).

52. Revista *Veja*, ed. 1.541, de 8-4-98.

Assim, o papel do assistente do Ministério Público, *ad coadjuvandum*, deve ser visto dentro desse contexto. Ainda que parte da doutrina aponte seu interesse indireto em ver aplicada a sanção penal, na verdade esse direito não é do ofendido, e sim do Estado soberano, no exercício do *ius puniendi*; de interesse próprio, o ofendido só busca na ação penal eventual título para fins cíveis: o mais, é interesse estatal.

Assim, embora o assistente de acusação possa propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate da causa e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele próprio (CPP, art. 271), não pode alterar, ampliar ou corrigir a atividade do titular da ação penal pública (*RT*, *537*:328 e *287*:164; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 271).

Quanto à possibilidade de recorrer, *v.* verbetes seguintes.

542. Assistente do Ministério Público — recurso contra a rejeição da denúncia — intervenção após o recebimento da denúncia — *v.* tb.

Denúncia – rejeição, p. 478.

"O assistente da acusação não pode interpor recurso em sentido estrito da rejeição da denúncia, uma vez que sua intervenção só é possível após seu recebimento (TOURINHO FILHO, *Processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1989, II/428)" (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, nota ao art. 271, ed. Saraiva, 1991).

543. Assistente do Ministério Público — recursos — *v.* tb.

Recursos, p. 722.

Segundo o art. 271, *caput*, parte final, do Cód. de Processo Penal, o assistente de acusação pode apelar, se o fizer na forma do art. 598 do mesmo estatuto, ou seja, desde que não tenha havido recurso do Ministério Público.

Assim, se o assistente de acusação interpôs apelação, quando há existente igual inconformidade do Ministério Público com o mesmo ou mais amplo objeto, não será caso de conhecimento do recurso do assistente da acusação. Tendo o assistente da acusação função auxiliar do Ministério Público, não teria interesse processual para impugnar uma sentença absolutória, se a parte principal, a quem assiste, já o fez tempestivamente, pois que da apelação já interposta não pode o órgão oficial desistir (CPP, art. 576). Com acerto, portanto, nesses casos já decidiu o Supremo Tribunal Federal pelo não-cabimento do recurso do assistente (RECrim 87.167, *DJU*, 2-12-77, p. 8.750; no mesmo sentido, decisão do TJSP, em *RT*, *618*:291).

Se, porém, for limitado o efeito devolutivo do apelo interposto pelo acusador oficial (CPP, art. 599), e se o apelo do assistente tiver objeto mais amplo que o apelo já interposto pelo membro do Ministério Público, aí sim deverá ser conhecido. Desta forma, exemplificativamente, se a sentença absolve os dois réus do processo, e o Promotor de Justiça só se insurge contra a absolvição de um deles, nada impedirá o conhecimento do apelo do assistente de acusação que vise à condenação de ambos.

E o apelo do assistente de acusação que vise, apenas, ao aumento da pena? Deverá ser conhecido?

É controversa a solução para o caso. Há julgados que sustentam ser possível tal recurso (*RTJ*, *127*:940, *101*:1110, *69*:367, *51*:629-STF), enquanto outros decidem em sentido contrário (*RTJ*, *110*:82; *RT*, *518*:389; *RJDTACrim*, *7*:50). O entendimento negativo funda-se no fato de que, com a condenação já ocorrida, com a qual se conformou o titular oficial da ação penal pública, de um lado o ofendido já tem assegurados seus direitos indenizatórios privados, e, de outro, já foi atendida a pretensão punitiva estatal, não havendo que cogitar de inércia da acusação que justificasse a supletória iniciativa privada (*RT*, *546*:379). O posicionamento contrário funda-se no fato de que o papel do assistente não visaria apenas a buscar eventuais conseqüências cíveis da infração penal, mas sim e também auxiliar subsidiariamente o

Estado no exercício do *ius puniendi* (nesse sentido, ESPÍNOLA, *Código de Processo Penal brasileiro anotado,* notas ao art. 268, n. 358, ed. Rio, 1976; MIRABETE, *Código de Processo Penal interpretado*, notas ao art. 271, ed. Atlas, 1997).

Enfrentando recentemente a questão, o Supremo Tribunal Federal entendeu inadmissível a interposição de apelação supletiva pelo assistente do Ministério Público quando vise apenas à exasperação da pena, mas a admitiu quando o recurso é interposto para questionar a mudança de classificação da infração penal (*RT*, *746*:531).

544. Assistente do Ministério Público — quando pode recorrer — *v.* tb.

Recursos, p. 722.

O assistente da acusação pode recorrer: *a)* da sentença de impronúncia (art. 271, *caput*, c.c. art. 584, § 1º, do CPP); *b)* da sentença que decretar a prescrição ou julgar extinta a punibilidade (art. 271, *caput*, c.c. art. 584, § 1º, do CPP); *c)* nos crimes de competência do júri ou do Juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público, no prazo legal — o que pressupõe sucumbência da acusação (art. 271 *caput*, c.c. art. 598 do CPP; Súm. n. 210 – STF).

Contudo, é necessário que haja interesse processual na reforma do julgado, o que não só ocorre no caso de improcedência do pedido como também nos casos de procedência parcial (CPP, art. 577, parágrafo único).

545. Assistente do Ministério Público — atuação nos processos da Lei n. 9.099/95

"Evidente a possibilidade de assistente de acusação intervir nos autos, nos termos do art. 268 e s. do Cód. de Processo Penal; contudo, no caso dos autos, antes da interposição da denúncia pelo Ministério Público, em cumprimento ao disposto no art. 76 da Lei n. 9.099/95, propôs este a transação penal que foi

aceita pelo recorrido. A assistência, com efeito, só é admitida após a interposição da exordial, não podendo, portanto, no caso dos autos, a vítima ou representante legal, intervir ou mesmo interpor recurso" (RSE n. 1.069.268-8, TACrim, 8ª Câm., rel. Bento Mascarenhas, j. 27-11-97, v.u., *Boletim do IB-CCrim — Jurisprudência*, *66*:258).

Atenuantes

546. Atenuantes — pena mínima — A pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal — *v.*

Art. 65, III, do CP, p. 133.

Pena, p. 679.

Pena mínima, p. 686.

Audiência

547. Audiência — realização fora do horário e sem a presença do Ministério Público — inadmissibilidade — nulidade declarada — inteligência e aplicação dos arts. 792 e 564, III, d, do CPP — *v.* tb.

Art. 792, § 1º, do CPP, p. 387.

É de se declarar nula, nos termos dos arts. 564, III, *d*, e 792, do Cód. de Processo Penal, a audiência realizada fora do horário designado e sem a presença do Ministério Público, com violação do princípio constitucional do contraditório.

Como anota BORGES DA ROSA, expressando praxe consagrada, "se, até quinze minutos após a hora marcada, o juiz não houver comparecido, as pessoas presentes poderão retirar-se, e o escrivão fará constar o ocorrido do livro de termos de audiência" (*Comentários ao Código de Processo Penal*, p. 873, 3ª ed., Rev. dos Tribunais, 1982; ainda nesse sentido, *v. RT*, *693*:345 — Corr. Parc. n. 132.578- 5ª Câm. TJSP, rel. des. Dante Busana, j. 2-12-92).

Bingo

548. *Bingo — v.*

Jogo do bingo, p. 543.

Busca e apreensão

549. Busca e apreensão — garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio — *v.* tb.

Apreensão, p. 54.

Art. 150 do CP, p. 180.

Tóxicos (busca domiciliar), p. 783.

Diz a Constituição: "a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (art. 5º, XI).

Assim, quando é possível proceder a diligência de busca e apreensão na residência do réu, sem prévio mandado judicial? A norma constitucional somente dispensa o mandado quando haja *consentimento do morador*. Se nada existir nos autos que desautorize a presunção de legitimidade do ato da autoridade pública nem evidencie oposição à diligência empreendida, não se poderá presumir o dissenso do morador à diligência empreendida.

Busca pessoal

550. Busca pessoal — prova obtida — o chamado preceito excludente — *v.* tb.

Busca pessoal, p. 398.

Preceito excludente, p. 696.

Prova ilícita, p. 719.

A jurisprudência norte-americana desenvolveu a teoria do *preceito excludente*, segundo a qual não poderiam ser usadas em

juízo, contra o réu, as provas obtidas por meio ilícito, como a *busca indevida* realizada na pessoa do réu ou em seu domicílio (casos Weeks x USA, 1914; Mapp x Ohio, 1961; Coolidge x New Hampshire, 1970). O fundamento dessa jurisprudência é o de que, para impedir que a polícia viole a garantia da Emenda Constitucional n. 4 contra *buscas indevidas*, deve-se proibir que se use a prova obtida ilegalmente, até para que os tribunais não coonestem a violação cometida (p. ex.: invasão de domicílio ou coerção). A jurisprudência, porém, vem admitindo a validade da prova obtida por meio de mandado judicial de busca, fundado em *causa provável*, ou por meio de busca decorrente de regular prisão em flagrante pela prática de crime (WOODWARD & ARMSTRONG, *Por detrás da Suprema Corte*, p. 146 e s., 1ª ed.).

No Brasil, a questão dos *fruits of the poisonous tree* também tem encontrado importância crescente, embora entre nós seja mais flexível o campo das *buscas pessoais*, que, segundo a lei vigente, podem ser feitas à vista de fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou outros objetos que possam ter relação com o crime (CPP, art. 240, § 2º).

Enquanto sem mandado a busca domiciliar só pode ser feita pela própria autoridade policial ou judiciária (CPP, art. 241), a busca pessoal pode ser feita por qualquer agente da autoridade, independentemente de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja no posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (CPP, art. 244).

Carta precatória

551. Carta precatória — intimação da expedição

A lei exige que as partes sejam intimadas da *expedição* da precatória (CPP, art. 222); já o *acompanhamento* da precatória no foro deprecado é ônus das partes.

Assim, não se exige a intimação à defesa da data designada pelo juízo deprecado para a inquirição de testemunhas, desde que tenha sido a defesa regularmente intimada da expedição da precatória, como o determina o art. 222 *caput* do Cód. de Processo Penal (*RT*, *554*:463-STF).

552. Carta precatória — intimação da determinação da expedição

O art. 222 do Cód. de Processo Penal exige sejam as partes intimadas da expedição da carta precatória.

Não raro, em audiência, presentes as partes, o Juiz determina a expedição de precatória, sendo as partes intimadas dessa deliberação. Essa intimação faz as vezes da intimação da expedição da carta?

Sem dúvida, houve *determinação* da expedição, e não a *expedição* em si; contudo, exigir nova intimação, agora da própria expedição da carta, seria prestigiar a forma em detrimento da finalidade do ato: as partes já têm conhecimento da deliberação judicial que determinou a oitiva de testemunhas em foro deprecado. O mais seria culto da forma.

Com efeito, por que se intimam as partes da expedição de uma precatória? Para que, querendo, possam acompanhar o ato no juízo deprecado. Ora, se a defesa e a acusação saíram da audiência *sabendo* que o Juiz mandara expedir a precatória, e se nela foram formalmente intimadas, o mandamento legal do art. 222 do Cód. de Processo Penal foi cumprido à risca, na forma e na finalidade (*RT*, *554*:463-STF). Nesse sentido, exatamente, cf. Ap. n. 1.066.427-1, TACrim, 5ª Câm., v.u., j. 5-11-97.

Mas, ainda que assim não fosse, eventual nulidade seria relativa, e dependeria de prejuízo a ser demonstrado na primeira oportunidade de manifestação das partes, por força do princípio da lealdade processual. Essa oportunidade ocorrerá, no máximo, na fase do art. 499 do Cód. de Processo Penal, para os processos que sigam esse rito, pois essa é a ocasião em que as partes de-

vem pedir eventuais diligências cuja necessidade decorresse da instrução.

553. Carta precatória — intimação — contagem do prazo — *v.* tb.

Prazos, p. 692.

Tratando-se de intimação por precatória, o prazo se conta a partir da juntada da carta cumprida aos autos, consoante jurisprudência que se pacificou (*RTJ*, *59*:366; *RT*, *624*:287, *604*:367 e *547*:356).

554. Carta precatória — réu preso não requisitado para coleta de prova

O Supremo Tribunal Federal entende que "não é absoluta, mas relativa a nulidade da audiência de testemunha na ação penal contra réu preso não requisitado para o ato, mesmo porque o Cód. de Processo Penal não determina essa requisição em se tratando de inquirição mediante carta precatória" (RECrim 89.348, *DJU*, 9-3-79, p. 1.585; no mesmo sentido: *RTJ*, *95*:561 e *63*:776; STJ, *RHC* n. 975, 6ª T., *DJU*, 4-3-91, p. 1.991). Assim, é desnecessária "a requisição de réu preso para a audiência em que deve ser ouvida, por precatória, testemunha arrolada pela acusação" (STF, *HC* n. 56.880, *DJU*, 8-6-79, p. 4.534; no mesmo sentido: STF, *RHC* n. 59.146, *DJU*, 11-9-81, p. 8.790; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, notas ao art. 222, ed. Saraiva, 1991).

E mais, "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não exige a requisição do réu preso para comparecer ao juízo deprecado, ainda que na mesma unidade da federação, em que se ache custodiado, para o efeito de assistir à inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, por entender que a ausência do acusado não constitui vício insanável, apto a ensejar a nulidade absoluta do processo" (STF, 1ª T., *HC* n. 68.436-0-DF, *DJU*, 27-3-92, p. 3.802). Por isso, "não há nulidade absoluta do processo, quando, nesse caso (testemunhas ouvidas por pre-

catória), o réu preso não é requisitado para audiência. Prejuízo não demonstrado" (STF, 2ª T., *HC* n. 68.515-3-DF, *DJU*, 27-3-92, p. 3.803). Reconhece-se "inexistência de cerceamento de defesa por falta de requisição do réu para oitiva de testemunhas por precatória. Intimação de seu defensor" (STF, 1ª T., *HC* n. 69.203-6-SP, *DJU*, 8-5-92, p. 6.267).

No mesmo teor vem sendo o prevalecente entendimento da Justiça local: "Processo crime — nulidade — ausência de requisição do réu preso para audiências de testemunhas realizadas em juízo deprecado — Lei que não exige nesse caso a requisição do réu preso para comparecer em outra comarca — Recurso parcialmente provido para outro fim. O artigo 360 do Cód. de Processo Penal não exige que o réu seja requisitado para outra comarca, em que se proceda à prova por precatória, bastando que da expedição desta sejam intimadas as partes" (Ap. Cr. n. 179.982-3 — São Bernardo do Campo, TJSP, CComp, v.u., j. 10-4-95).

Caso fortuito

555. Caso fortuito — distinção de força maior — *v.*

Força maior, p. 513.

Causa decidida

556. Causa decidida — *v.*

Recurso especial e extraordinário, p. 725.

Causalismo

557. Causalismo *versus* finalismo — *v.*

Finalismo versus *causalismo*, p. 511.

Chamada do co-réu

558. Chamada do co-réu — quando tem valor — *v.* tb.

Art. 186 do CPP (confissão), p. 264.

A versão dada aos fatos por um co-réu normalmente assume maior credibilidade quando não é dada apenas para que nela o agente lance toda a responsabilidade nas costas largas dos cúmplices, mas especialmente quando, no caso concreto, ele também assuma a própria participação no evento (*RT*, *536*:309).

Como bem sintetizou ALTAVILLA, "a clássica chamada do co-réu implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira, é que verdadeira seja a confissão, a segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira que não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria. De um modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorram estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança" (*Psicologia judiciária*, III, n. 178, Coimbra, 1959).

Cheque sem fundos

559. Cheque sem fundos — pagamento antes da denúncia — *v.*

Art. 171 do CP, p. 248 e s.

V., ainda, a Súm. n. 554 – STF.

560. Cheque sem fundos — competência — *v.* tb.

Competência, p. 407.

"Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque" (Súm. n. 48 – STJ).

Citação

561. Citação — ato realizado nas férias — *v.*

Art. 798 do CPP, p. 390.

562. Citação — requisição do réu para interrogatório — *v.*

Art. 185 do CPP, p. 260.

Citação por edital

563. Citação por edital — *v.*

Edital, p. 490.

Revelia, p. 740.

564. Citação por edital — pressupostos — *v.*

Revelia ficta, p. 740.

565. Citação por edital — afixação do edital e juntada de cópia aos autos

Estando o edital afixado no local de costume, como regularmente certificado, e não exigindo o parágrafo único do art. 365 do CPP que se junte a cópia do edital de citação aos autos, não há proclamar nulidade, como tem entendido o Supremo Tribunal Federal (*HC* n. 76.034-SP, *Informativo STF*, 108).

566. Citação por edital — necessidade de esgotar previamente os meios de localização pessoal do réu

É pressuposto legal da citação por edital seja o réu previamente procurado para citação pessoal pelo meirinho (CPP, art. 361).

Ora, a doutrina e a jurisprudência vêm fixando o verdadeiro alcance do chamamento por edital. Tratando-se essa forma de uma citação ficta por excelência, é natural que, nos casos de não-comparecimento do citado, persista a dúvida sobre se a ausência se deu por desinteresse (como numa revelia real) ou se por efetivo desconhecimento da existência da ação (pois nem sempre a notícia da ação chega efetivamente ao conhecimento

de quem é chamado por meio ficto, especialmente na citação por edital).

De um lado, essa séria dúvida, e, de outro, os efeitos nocivos da Lei n. 9.271/96, que permite a indefinida suspensão do processo — recomendam que tudo seja feito para tornar essa citação ficta um meio residual, totalmente de exceção, para chamar o réu ao processo — ato esse de ímpar gravidade, que gera o que em doutrina se pode chamar verdadeiramente de *O direito de ser citado* (LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, ed. Resenha Universitária, 1980).

Portanto, desde que nos autos haja endereços onde o réu não tenha sido procurado, ou desde que haja meios usuais de sua fácil localização, é absolutamente desejável, imperioso mesmo, que se tente sua localização pessoal, antes de convalidar sua citação ficta: "A citação editalícia, porque se trata de citação ficta por excelência, é forma excepcional de citar, que só se justifica em circunstâncias verdadeiramente extraordinárias. Todos os esforços devem ser envidados no sentido de realizar a citação pessoal. Somente quando esta se revelar impossível, depois de esgotados todos os meios, é que se recorrerá à citação por edital" (MÍLTON SANSEVERINO e ROQUE KOMATSU, *A citação no direito processual civil*, Revista dos Tribunais, 1978, p. 142). No mesmo sentido, há copiosa jurisprudência (*RT*, *527*:99, *537*:108, *409*:140, *402*:328, *355*:177, *332*:376; *JTACSP*, Lex, *75*:62, *49*:42; *RJTJSP*, *61*:171, *56*:45, *17*:127, *15*:19, *9*:190, *v.g.*).

567. Citação por edital — expedição de ofícios de praxe

Como temos visto, é providência salutar que, antes de se propender pela citação ficta, devem-se esgotar os meios de localização pessoal do réu[53]. Com isso, a praxe forense tem exigido a expedição de ofícios para tentar sua localização junto aos

53. *Manual do Promotor de Justiça*, p. 397, ed. Saraiva, 1991.

cartórios eleitorais, às repartições fazendárias, às autoridades policiais etc.

Caso não se expeça algum desses ofícios, haveria nulidade a reconhecer?

A expedição de ofícios tais é providência salutar. Entretanto, se um ou outro ofício não se expediu, nem sempre haverá nulidade: mister será que haja prejuízo, sem cuja demonstração não há falar em nulidade.

Citações doutrinárias e jurisprudenciais

568. Citações doutrinárias e jurisprudenciais — abusos

Temos notado, em nossa vida profissional, que muitos Advogados, Promotores de Justiça e Juízes perdem-se em longas e fastidiosas citações, principalmente jurisprudenciais. Favorecidos pelas facilidades do computador, páginas e páginas de transcrição de ementas de jurisprudência para sustentar, muitas vezes, posições incontroversas e até mesmo inutilmente repetitivas.

Sem dúvida a citação pode ser útil; não pelo argumento de autoridade, cuja importância intelectual ou científica, por si mesma, é nula, mas sim porque, não raro, nalgum trabalho doutrinário ou nalgum julgamento, alguns estudiosos tiveram muita felicidade em expressar, com palavras claras e objetivas, um encadeamento de raciocínio extremamente lúcido e convincente, que valerá pela força de convicção que nele se oferece, e não pela sua origem ou pela sua reiteração.

Entretanto, "citar, para documentar o que é pacífico, é demasia. O recurso às autoridades, doutrinárias ou jurisprudenciais, deve vir em apoio de pontos de vista controvertidos, dos quais se parte para chegar a conclusões que discrepem do ramerrão ordinário" (ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, art. 381, n. 751, p. 57).

Código de Trânsito Brasileiro

569. Código de Trânsito Brasileiro — *v.*

Lei n. 9.503/97, p. 627.

Competência

570. Competência — *v.*

Art. 70 do CPP, p. 139.

Cheque sem fundos, p. 403.

Crime contra a economia popular, p. 438.

Crime militar, p. 445.

Foro por prerrogativa de função, p. 513.

Justiça Militar, p. 549.

Lei n. 4.771/65, p. 557.

Mandado de segurança, p. 646.

Pena, p. 679.

Silvícola, p. 763.

571. Competência — a competência de foro

A competência de foro, ou territorial, é relativa, e a objeção preclui se, por meio de exceção, não for argüida em momento próprio (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 70; *RHC* n. 63.475-STF, *DJU*, 29-11-85, p. 21.919; *RT, 522*:359, *423*:318, *361*:65, *200*:151, *178*:644, *174*:95).

Conseqüentemente, "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" (Súm. n. 33 – STJ).

572. Competência — aproveitamento dos atos

Como observa MIRABETE, "remetidos os autos ao juiz competente, o processo prosseguirá, mas devem ser ratificados os atos anteriores (CPP, art. 108, § 1º, e 109). A ratificação a que se

refere a lei, porém, é apenas aquela referente aos atos probatórios, já que a incompetência do juízo anula os atos decisórios (arts. 564, I, e 567). No novo juízo os atos probatórios devem ser ratificados, conservando-se a sua validade, mas os atos decisórios devem ser refeitos. De acordo com o STF o recebimento da denúncia, embora tenha *carga* decisória não é ato decisório, e proferido por juiz incompetente *ratione materiæ* é ratificável no juízo competente" (*Processo penal*, n. 7.2.7, p. 216, ed. Atlas, 1998).

No caso de falta de jurisdição, porém, não há aproveitamento dos atos processuais praticados.

"Competência: incompetência da Justiça Federal, declarada em apelação: conseqüente nulidade *ex radice* do processo, desde a denúncia, inclusive. Declarada em apelação a incompetência da Justiça Federal, por ser o caso da esfera da Justiça estadual, não se circunscreve a nulidade à sentença: cuidando-se da chamada competência de atribuições, de matriz constitucional, sua falta acarreta a nulidade *ex radice* do processo, seja por carência absoluta de jurisdição do órgão judiciário que presidiu aos atos instrutórios, seja pela decorrente ilegitimidade *ad causam* do Ministério Publico estadual. A decisão do TFR, que se limitara a declarar anulada a sentença do Juiz Federal, não vinculou a Justiça estadual, à qual se devolveu integralmente a competência para decidir o caso, inclusive no tocante à ilegitimidade da Procuradoria da República e conseqüente inaptidão da denúncia, sequer ratificada pelo Ministério Publico local" (*HC* n. 68.269-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 9-8-91, p. 10.363, *RTJ*, *137*:237, j. 11-6-91, 1ª T. STF, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *97*:119).

573. Competência — crime de dano — *v.*

Art. 168 do CP, p. 242.

574. Competência — prisão em flagrante

Se a denúncia é dada perante juízo incompetente, que a recebe, a anulação dos atos processuais e a remessa do processo

ao juízo competente não importam, por si sós, no relaxamento do flagrante.

"Deve subsistir, no entanto, a prisão em flagrante, que, por ter natureza de ato administrativo, não é atingida pela nulidade dos atos decisórios praticados no âmbito da Justiça declarada incompetente, sem prejuízo de que seja avaliada sua legalidade, especialmente em face do excesso de prazo, pela autoridade judiciária federal" (*HC* n. 71.027-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 9-9-94, p. 23.442, j. 24-5-94, 1ª T., v.u.; cf. tb. *RTJ*, *140*:151).

575. Competência — *locus delicti commissi* e o princípio do esboço do resultado

Embora a regra geral para determinar a competência no processo penal seja a do lugar do resultado (CPP, art. 70), a norma há de ser sempre interpretada dentro de critérios de razoabilidade. A determinação da competência há de alcançar o objetivo de concorrer para a melhor aplicação da Justiça, com a eficaz produção da prova e prevenção geral do crime. Assim, por exemplo, em caso de homicídio culposo, causado por possível negligência ou imperícia médica, a morte não raro pode ocorrer em lugar diverso daquele onde se verificou a ação ou a omissão relevantes; nesses casos, tem-se admitido a aplicação do chamado *princípio do esboço do resultado*, porque o resultado mais gravoso só por mero acidente e casualidade terá ocorrido em local diverso daquele em que se desenvolveu a ação ou execução (nesse sentido, *v.* Pt. n. 24.913/98 – PGJ, *DOE*, seç. I, 6-6-98, p. 49).

576. Competência — Justiça Federal — quando ocorre

Nos termos do art. 109, IV, da Constituição, aos Juízes federais compete processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empre-

sas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

O interesse da União há de ser considerado em sentido estrito. Ou, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a competência da Justiça Federal, em matéria penal, só ocorre quando a infração penal é praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União como tal, ou seja, de bens ou serviços que possua, ou de seu interesse direto e específico. O delito de incitação ao crime previsto no art. 19 da Lei n. 5.250, de 9-2-67, tem como objeto jurídico a paz pública e como sujeito passivo a coletividade, à semelhança do que ocorre com o mesmo crime definido no artigo 286 do Código Penal. Ora, a paz pública interessa a todos, e, por isso mesmo, seu sujeito passivo é a coletividade, e não a União Federal, uma vez que não está em causa interesse direto e específico seu, ainda quando esse delito, por causa do meio de comunicação empregado, se pratique por intermédio de empresa concessionária de serviço público federal (entidade essa a que não se refere o artigo 109, IV, da Constituição), ou tenha a sua consumação verificada simultaneamente em mais de um Estado" (RECr. n. 166.943-PR, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 4-9-95, p. 22.514, j. 3-3-95, 1ª T., v.u.).

O mero e abstrato interesse no cumprimento de leis federais não é nem poderia ser critério de competência da Justiça Federal. A competência da Justiça Federal é matéria de direito estrito, ao contrário da competência da Justiça estadual, que é residual (RECr. n. 166.943-PR, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 4-9-95, p. 22.514, j. 3-3-95, 1ª T. STF, v.u.).

577. Competência — contravenção penal — interesse da União

"Compete à Justiça Estadual comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades" (Súm. n. 38 – STJ).

578. Competência — crimes ambientais — *v.*

Crimes ambientais – competência, p. 447.

579. Competência — crime contra a flora ou fauna — meio ambiente — *v.* tb.

Crimes ambientais – competência, p. 447.

Fauna – competência, p. 510.

Lei n. 4.771/65 – competência, p. 557.

Segundo a Constituição, só é da competência da Justiça Federal o julgamento dos crimes políticos e dos *crimes* que ofendam bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; daí se excluem da competência da Justiça Federal o processo e o julgamento por meras *contravenções penais*, ainda que ofendam esses mesmos interesses (CF, art. 109, IV).

Embora inicialmente as infrações penais contra a flora e a fauna fossem apenas contravenções penais, e, *ipso factu*, já por essa razão bastante excluídas da competência da Justiça Federal (Leis n. 4.771/65 e 5.197/67), a legislação subseqüente erigiu à categoria de crimes diversas infrações contra a fauna e a flora (*v.g.*, Lei n. 7.653/88, que alterou a Lei n. 5.197/67; Lei n. 7.804/89, que alterou o art. 15 da Lei n. 6.938/81; Lei n. 9.605/98, arts. 29 e s. e 38 e s.). Assim, aquele pressuposto constitucional ficou atendido. O que resta ver é se as infrações contra a flora e a fauna — diversas delas agora crimes e não mais meras contravenções — ferem bens, serviços ou interesses da União.

No tocante aos crimes contra a fauna, assim tem entendido o Superior Tribunal de Justiça. Em sucessivos julgamentos, tem afirmado que o fato de caber, concorrentemente, à União, Estados e Distrito Federal legislar e zelar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos do solo, proteção ao meio ambiente e controle da poluição (CF, art. 23, VI e VII, e 24, VI), não interfere com a exclusiva competência da União para legislar sobre matéria penal e

dispor sobre quais sejam os bens da União (CF, art. 20, I, e 22, I). A legislação especial considera os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase de desenvolvimento, e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, *como propriedades do Estado* — não do Estado-membro (Lei n. 5.197/67, art. 1º), sendo destarte proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha (*RSTJ*, *10*:72, *61*:127).

Ora, a dicção do art. 1º da Lei n. 5.197/65 não quer referir-se a bens dominiais do Estado. Com mais felicidade, o art. 1º da Lei n. 4.771/65 fala em ser a flora *bem de uso comum a todos os habitantes do País*. Por isso que a atual Constituição, afastando os animais e vegetais do conceito dominial de bens do Estado (arts. 2º e s.), considera todos os valores ligados ao meio ambiente como *bens de uso comum do povo* (art. 225), e outra não é a situação da flora e da fauna, em vista do amplo conceito de meio ambiente, que lhe dá o art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81.

Assim, em nosso entendimento, não obstante o que diz o art. 1º da Lei n. 5.197/67, a rigor nem a fauna nem a flora nacional devem ser consideradas *propriedade do Estado*, e sim *bem de interesse comum a todos os habitantes do País*. Nem se alegue haja um *interesse da União* no zelo desses bens, pois zelo menor, em tese, não teria a União em favor da vida dos próprios nacionais ou estrangeiros, ou em favor da defesa de outros bens e interesses situados do País. Nem por isso esse interesse indireto justificaria por si só a competência da Justiça Federal, o que, na prática, acaba revertendo em desfavor do zelo do interesse, já que não está ela estruturada em todas as comarcas do País.

Entretanto, a jurisprudência dos arestos tem-se inclinado no sentido da competência da Justiça Federal na matéria referente aos crimes contra a fauna:

"Conflito de competência — penal – inquérito para apuração de crime da Lei n. 5.197/67. Pesca predatória com material proibido. Competência da Justiça Federal" (CComp n. 17.547-RS, j. 8-10-97, rel. Min. Arnaldo da Fonseca, *DJU*, 10-11-97, p. 57.698).

"Com o advento da Lei n. 7.653/88, que elevou à categoria de crimes as condutas típicas contra a fauna e a flora silvestres, a Justiça Federal passou a ser competente para o processo (art. 109, IV, da CF)" (CComp n. 3.608-SC, *DJU*, 17-12-92, p. 24.209, *RSTJ*, *61*:140).

Está, pois, sedimentada a jurisprudência dos tribunais superiores no sentido de competir à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a fauna (Súm. n. 91 – STJ; *RSTJ*, *61*:136, *61*:134, *61*:132, *61*:125, *45*:55, *43*:24).

Mutatis mutandis, esses argumentos não seriam aplicáveis à prática de eventuais *crimes* contra a flora (Lei n. 9.605/98, arts. 38 e s.), pois somente no tocante à prática das remanescentes contravenções penais contra a flora (Lei n. 4.771/65, art. 26) é que se torna incontroversa a competência da Justiça estadual (*RT*, *673*:364-STJ).

580. Competência — empresa pública federal — roubo ou furto contra carteiros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

O art. 109, IV, da Constituição, comete aos juízes federais processar e julgar "os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral".

Tomemos para análise o caso de um roubo ou de um furto praticados contra carteiro que leve, por exemplo, envelopes com cartões de crédito dos destinatários.

Teria o crime ferido bens, interesses ou serviços de empresa pública federal, como o é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos?

No caso, estaremos diante de um crime patrimonial, sem dúvida, mas não é seu objeto o desfalque do patrimônio da dita empresa, e sim a subtração dos cartões de crédito que estavam

sendo entregues pelo carteiro. Poder-se-ia dizer, talvez, que o crime, se não estava sendo praticado diretamente contra *bens* da empresa pública, estaria então sendo cometido em detrimento de seus *serviços*. Entretanto, o escopo da ação do agente na hipótese não seria embaraçar os serviços públicos federais, e sim obter locupletamento patrimonial por meio dos próprios cartões de crédito dos respectivos destinatários.

Estivéssemos diante de um alcance patrimonial praticado contra a própria Empresa de Correios (como um roubo, um furto ou um peculato objetivando o dinheiro da própria empresa), sem dúvida a competência seria mesmo da Justiça Federal, como tem sido incontroversamente reconhecido (*v.g.*, *RJDTACrim*, *9*:109, *10*:109; *RTJ*, *109*:102). Entretanto, quando se trate de alcance patrimonial que apenas indiretamente atinja os serviços de correio, a competência é da Justiça estadual, como ocorreria, por exemplo, num hipotético furto contra empresas que prestam serviços delegados de correio (Ap. n. 1.045.355-6, 12ª Câm. TACrim, j. 10-3-97, rel. Wálter Guilherme).

Da mesma forma é o que ocorre no caso em exame, em que do roubo ou do furto não resulta *desfalque patrimonial para a empresa pública*.

Por isso é que o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a competência da Justiça Federal, em matéria penal, só ocorre quando a infração penal é praticada diretamente em detrimento dos próprios bens, serviços ou interesses da União como tal, "ou seja, de bens ou serviços que possua, ou de seu interesse direto e específico" (Recr. n. 166.943-PR, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 4-9-95, p. 22.514, j. 3-3-95, 1ª T. STF, v.u.).

Ou ainda: "os crimes da competência da Justiça Federal são os cometidos contra bens, serviços e interesses da União, de suas autarquias ou empresas públicas, e atingindo-os diretamente, e não apenas os atingindo reflexamente" (*RHC* n. 66.405-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 22-6-88, STF-Pleno, *DJU*, 23-9-88, p. 24.170).

581. Competência — empresa pública federal — agências de correio

Compete à Justiça Federal o processo e o julgamento das ações criminais quando a infração seja praticada em detrimento de bens, interesses ou serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que é empresa pública federal (CF, art. 109, IV). Entretanto, compete à Justiça estadual conhecer e julgar as ações penais em que tenha sido objeto de furto uma agência de correio que preste serviços à dita empresa pública.

Com efeito, "a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é empresa pública federal, mas dessa natureza jurídica não partilham as firmas que, sob forma de, permitido o neologismo, terceirização, a ela prestam serviços. Assim, a competência não é da Justiça Federal (CR, art. 109, IV)" (Ap. n. 1.045.355-6, 12ª Câm. TACrim, j. 10-3-97, rel. Wálter Guilherme).

A competência da Justiça Federal, em matéria penal, somente ocorrerá quando a infração penal for praticada diretamente em detrimento dos próprios bens, serviços ou interesses da União como tal, "ou seja, de bens ou serviços que possua, ou de seu interesse direto e específico" (Recr. n. 166.943-PR, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 4-9-95, p. 22.514, j. 3-3-95, 1ª T. STF, v.u.).

582. Competência — empresa pública federal — Caixa Econômica Federal

Segundo o Dec.-Lei n. 759/69, a Caixa Econômica Federal é empresa pública da União.

"Comprovado que o crime de roubo foi praticado contra agência da Caixa Econômica Federal, impõe-se a anulação da condenação prolatada pela Justiça Estadual para que o processo seja examinado pela Justiça Federal (art. 109, IV, da CF)" (*HC* n. 71.027-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 9-9-94, p. 23.442, j. 24-5-94, 1ª T., v.u.; cf. tb. *RTJ*, *140*:151).

583. Competência — Justiça Estadual — sociedade de economia mista

Compete à Justiça comum estadual processar e julgar os crimes praticados em detrimento de sociedade de economia mista (CF, art. 109, VI, e Súm. n. 42 – STJ).

“Competência. Banco do Brasil. Sociedade de economia mista. Compete à Justiça comum estadual o processo e o julgamento de crime praticado contra o Banco do Brasil” (*HC* n. 70.808-RS, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, 18-3-94, p. 5.167, j. 23-11-93, 2ª T. STF, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *74*:447).

584. Competência — Ordem dos Advogados do Brasil — Justiça Federal

“Certidão falsa e sua utilização perante a OAB para *Exame de Ordem*. Competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do delito. Crime em detrimento de serviço federal. Constituição, art. 109, IV. *Habeas-corpus* denegado” (*HC* n. 71.314-PI, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 6-6-97, p. 24.868, j. 21-6-94, 2ª T. STF, v.u.).

585. Competência — Sistema Único de Saúde — SUS — interesse da União

“1. Recurso extraordinário. 2. Ação penal. Crime de peculato, em face de desvio, no âmbito estadual, de dotações provenientes do orçamento da União Federal, mediante convênio, e destinadas ao Sistema Único de Saúde — SUS. 3. A competência originária para o processo e julgamento de crime resultante de desvio, em Repartição estadual, de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde — SUS, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, IV, da Constituição. 4. Além do interesse inequívoco da União Federal, na espécie, em se cogitando de recursos repassados ao Estado, os crimes, no caso, são também em detrimento de serviços federais, pois a estes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas ainda a supervisão de sua regular aplicação,

inclusive com auditorias no plano dos Estados. 5. Constituição Federal de 1988, arts. 198, parágrafo único, e 71, e Lei federal n. 8.080, de 19-9-90, arts. 4º, 31, 32, § 2º, 33 e § 4º. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido, para reconhecer a competência de Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo envolvimento de ex-Secretário estadual de Saúde" (RECr. n. 196.982-PR, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 27-6-97, p. 30.247, j. 20-2-97, STF Pleno, v.u.; cf. tb. *RTJ*, *82*:380; no mesmo sentido: *HC* n. 74.887-RJ, 2ª T., *DJU*, 27-6-97, p. 30.231).

586. Competência — questões do trabalho — crime contra a organização do trabalho

"Constitucional — penal — conflito de competência — crime contra a organização do trabalho. Mera lesão a direito trabalhista individual. Incompetência da Justiça Federal. Ações lesivas a direitos trabalhistas individuais, tal como a frustração de direito assegurado por lei trabalhista pela possível ausência de registro do empregado na correspondente Carteira de Trabalho, não configura crime contra a organização do trabalho, suscetível de fixar a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da CF" (CComp n. 21.839-SP, 3ª Seç., v.u., rel. Min. Vicente Leal, j. 11-11-98, *DJU*, 18-12-98, p. 287; CComp n. 21.920-SP, *DJU*, 18/12/98, p. 286).

587. Competência — questões do trabalho — falsa anotação em carteira do trabalho

"Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada" (Súm. n. 62 – STJ).

588. Competência — questões do trabalho — patrocínio infiel na Justiça Trabalhista

"Crime contra Administração da Justiça perpetrado perante a Justiça do Trabalho. Competência. Crime de patrocínio infiel — art. 355 do Cód. Penal. Bem jurídico primacialmente

custodiado é a administração da Justiça. Crime praticado em detrimento de serviços e interesses da União. Competência da Justiça Federal se cometido perante a Justiça do Trabalho — art. 109, IV, da Constituição Federal. O legislador, ao incluir o crime de patrocínio infiel no Capítulo dos crimes contra a administração da Justiça, deixou caracterizado o funcionamento regular da Justiça como o bem jurídico precipuamente custodiado, sem embargo do bem particular também agredido. Se a suposta ação delituosa, por ter ocorrido em uma reclamação trabalhista, atingiu a Justiça do Trabalho, que é federal, à Justiça Federal cabe processar e julgar a referida ação penal" (RE 159.350-SP, rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* 12-11-93, p. 24.027, j. 24-8-93, 2ª T. STF, v.u.).

589. Competência — crime de estelionato, praticado mediante uso de dinheiro falsificado

"A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual" (Súm. n. 73 – STJ).

590. Competência — falsificação e uso de documento referente a estabelecimento de ensino — Justiça estadual

"Compete à Justiça estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino" (Súm. n. 104 – STJ).

591. Competência — falsificação e uso de documento referente a estabelecimento de ensino — Justiça Federal

"É da Justiça Federal a competência para processar e julgar crime de falsificação de documentos, objetivando ingresso de aluno em instituição de ensino superior, embora particular. Crime em detrimento de interesse e serviço da União Federal. Fiscalização federal em estabelecimento de ensino superior. Conflito de competência caracterizado. Recurso extraordinário conhecido, por haver o acórdão ofendido o art. 109, IV, da Cons-

tituição, e provido, para declarar-se a competência da Justiça Federal" (RECr. n. 193.940-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 12-9-97, p. 43.737; j. 17-6-97, 2ª T, v.u.; no mesmo sentido: RECr. n. 194.938-DF, 2ª T., *DJU*, 17-10-97, p. 52.507).

"É da Justiça Federal a competência para processar e julgar crime de falsificação de documentos, objetivando ingresso de aluno e instituição de ensino superior, embora particular (RECr. n. 193.941-DF, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 29-3-96, 9.380, j. 23-2-96, 2ª T. STF, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *148*:3).

592. Competência — crimes conexos

"Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal" (Súm. n. 122 – STJ).

593. Competência — crime contra funcionário público federal

"Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função" (Súm. n. 147 – STJ).

594. Competência — Justiça Eleitoral

"*Habeas-corpus*. Crime de falso e de peculato. Competência. Crime eleitoral, art. 348 do Cód. Eleitoral. Falsificação de título com finalidade não eleitoral. Crime não configurado. Competência da Justiça Eleitoral não caracterizada. 1. Crime de falso e de peculato cometidos por funcionário público no exercício de função pública federal e contra bens e materiais da Justiça Eleitoral. Competência da Justiça Federal — art. 109, IV, da Constituição Federal. Se o paciente, na condição de funcionário público no exercício de função e serviço da Justiça Eleitoral, apropria-se de formulários e títulos eleitorais em branco, dos quais detinha a posse em razão da função de escrivão eleitoral que ocupava, e se falsificou a assinatura de um Juiz eleitoral,

com a finalidade de abrir contas em estabelecimento bancário para lesar o comércio das cidades vizinhas, a competência para processar e julgar ambos os delitos só poderia ser da Justiça Federal. 2. Crimes conexos. Prevalência da competência da Justiça Federal que tem sede constitucional, em detrimento da competência da Justiça comum, que é de natureza residual. Ordem conhecida em parte e, nessa parte, indeferida" (*HC* n. 70.563-PR — rel. Min. Paulo Brossard, *DJU*, 22-4-94, p. 8.943, j. 22-10-93, 2ª T. STF, v.u.).

595. Competência — Justiça Federal — exercício de atividade ou profissão

"1. A conduta imputada ao paciente e pela qual foi condenado é exatamente a prevista no art. 205 do Cód. Penal: *exercer atividade com infração de decisão administrativa*. 2. Era competente a Justiça Federal para o processo e julgamento, por se tratar de crime, senão contra a organização do trabalho propriamente dita (art. 109, VI, da CF), ao menos em detrimento de interesses de autarquia federal, como é o Conselho Regional de Medicina, que impusera ao réu a proibição de exercer a profissão (inc. IV do mesmo art. 109 da CF). 3. A conduta típica prevista no art. 205, por ser específica, exclui a do art. 282, que trata do exercício ilegal de medicina. E, no caso, o que houve foi o exercício da profissão, já obstado, anteriormente, por decisão administrativa, que vem a ser descumprida. 4. Também não se cogita da desobediência genérica a ordem legal de funcionário público (art. 330), pois não há simples ordem a ser cumprida, mas decisão administrativa de cassação de registro, que antes possibilitava o exercício da medicina, mas que com ela se tornou eficaz. 5. Igualmente não se trata da desobediência a decisão judicial, de que cogita o art. 359 do CP. 6. Basta um ato de desobediência à decisão administrativa, para que se configure o delito em questão (art. 205). 7. Computado o prazo prescricional, a partir desse único ou último ato, não decorreu ele por inteiro, já que os quatro anos, previstos no art. 109, V, do CP, não escoa-

ram entre tal fato e o recebimento da denúncia, nem entre a data deste e a da publicação da sentença condenatória, nem entre a data desta e a do acórdão que a confirmou. *HC* indeferido" (*HC* n. 74.826-SP – Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, 29-8-97, p. 40.217, j. 11-3-93, 1ª T. STF, v.u.).

596. Competência — crime contra servidor federal em função eleitoral — competência da Justiça Federal comum, e não da Justiça Eleitoral — *v.* tb.

Art. 331 do CP, p. 327.

"A competência para o conhecimento do crime de desacato praticado contra servidor federal, assim reconhecido aquele designado ainda que temporariamente para prestar serviços à Justiça Eleitoral, é da Justiça Federal, porque o sujeito passivo no crime contra a administração pública, no caso, é a União" (Proc. Cr. n. 1.224, acórdão n. 127.739, *DOE*, 16-6-97, p. 38, TRE).

597. Competência — contribuições previdenciárias

"Compete à Justiça comum estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal" (Súm. n. 107 – STJ).

598. Competência — Justiça Federal — falsificação de guias — INPS, MEC, PIS e FINSOCIAL

"Se há falsificação de guias de recolhimento do INPS, MEC, PIS e FINSOCIAL, a União e a entidade autárquica são sujeitos passivos do delito, pois seus interesses foram atingidos e lesados pela ação delituosa, uma vez que não puderam, na época da constituição do crédito, dispor de tal numerário de acordo com a sua destinação orçamentária. Precedente do Supremo Tribunal Federal: CJ 6.540. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar-se a competência da Justiça Federal" (RE

n. 161.303-SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 13-9-96, p. 33.239, j. 10-5-96, 1ª T. STF, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *134*:634).

599. Competência — uso de documento federal falso

"*Habeas-corpus*. Crime continuado de receptação de veículo e de uso de documento federal falso (CP, art. 180, c/c art. 71, e art. 304) utilizado contra particulares. Hipótese de concurso material. Competência. Prorrogação. Inocorrência. Competência da Justiça estadual" (*HC* n. 67.547-RJ, rel. Min. Paulo Brossard, *DJU*, 22-9-89, p. 14.832, j. 29-8-89, 2ª T. STF, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *124*:182, *122*:489, *73*:76, *66*:384, *54*:442, *50*:617).

600. Competência — execução penal — estabelecimento sujeito à administração estadual — *v.* tb.

Execução penal, p. 506.

Pena, p. 679.

"Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual" (Súm. n. 192 – STJ).

"Competência: execução penal: condenados pela Justiça Federal que cumprem pena em estabelecimento estadual: competência da Justiça Estadual: inteligência do art. 109, § 3º, da Constituição, que, atenta às peculiaridades da questão, adequadamente deslocou, da noção puramente geográfica de comarca para o caráter estadual ou federal do estabelecimento penitenciário do cumprimento da pena, o critério de determinação da competência para a execução" (RE 145.318-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 14-10-94, p. 27.603, j. 26-4-94, 1ª T. STF, v.u.).

601. Competência — arts. 96, III, e 109, VI, da CF

Nos crimes cometidos por Juiz de Direito, ainda que em prejuízo de interesses de autarquia federal, prevalece o foro do

art. 96, III, da Constituição Federal, e não o do art. 109, VI, da Lei Maior (*HC* n. 68.846-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 9-6-95, p. 18.215, j. 2-10-91, STF Pleno, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *114*:1022).

602. Competência — crime militar — *v.*

Justiça Militar, p. 549.

Concurso aparente de normas

603. Concurso aparente de normas — princípios da especialidade, da consunção ou absorção e da subsidiariedade — *v.* tb.

Art. 303 do CTB, p. 303.

Art. 307 do CP, p. 311.

Se duas ou mais leis parecem aplicar-se simultaneamente para alcançar o mesmo fato, surge um conflito aparente entre elas. O conflito é aparente, pois o sistema deve permitir ao intérprete uma exegese que dê pela adequação mais exata de uma delas ao caso concreto.

As principais regras a respeito são as seguintes: *a)* a lei especial prevalece sobre a geral (princípio da especialidade); *b)* se o fato está contido numa disposição mais abrangente, deve esta discipliná-lo (princípio da consunção ou absorção); *c)* a norma principal prevalece sobre a normal subsidiária (princípio da subsidiariedade).

Tomemos alguns exemplos do princípio da especialidade. Se um lei geral e uma lei especial parecem ambas aplicarem-se a uma hipótese, deve prevalecer a disposição da lei especial. Assim, por exemplo, matar alguém é *homicídio*; também o é o crime da mãe que mata o filho; entretanto, se esta matar o filho durante o parto, ou logo após, ainda sob influência do estado puerperal, teremos o *infanticídio*.

Vejamos a segunda hipótese. Como bem anotou ANÍBAL BRUNO, a *consunção* ou *absorção* dá-se “quando o fato previsto

em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso definido em outra, conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa" (*Direito penal*, t. I, p. 262, ed. Forense, 1967). Isso ocorre quando um comportamento por si só já punido como infração penal seja *conduta inicial*, *meio* ou *parte* da execução do outro delito. Assim, por exemplo, os danos do arrombamento são absorvidos pelo furto qualificado, ou as lesões corporais são absorvidas pelo homicídio.

Agora, tomemos o princípio da subsidiariedade. Um crime de perigo só é reconhecido quando a mesma ação não gere diretamente o dano. Assim, por exemplo, a falsa identidade (CP, art. 307) deixará de existir como crime autônomo, se o agente dela se valeu, por exemplo, como elemento integrante da fraude do estelionato (CP, art. 171).

Condições da ação

604. Condições da ação — implementação da condição faltante — *v.* tb.

Pressupostos processuais, p. 703.

Sendo dinâmicas as condições da ação, devem estar presentes *quando se propõe a ação* e devem manter-se presentes durante todo o curso da relação processual, *até o advento da prestação jurisdicional*. Em faltando uma condição da ação, quando da sua propositura, será caso de carência; se essa condição não for adimplida no curso da ação, a qualquer momento poderá ser ainda decretada a carência; contudo, se a condição faltante for adimplida antes da extinção do processo, por aquele fundamento, a carência não mais poderá ser decretada. Ou seja, "ausente uma das condições da ação quando de seu ajuizamento, mas implementada no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito" (NERY E NERY, *Código de Processo Civil comentado*, nota ao art. 267, ed. 1996; LIEBMAN, *Manuale de diritto processuale civile*, ed. 1974, p. 144-5).

605. Condições da ação — impossibilidade jurídica do pedido — *v.* tb.

Se o pedido mantém estreita adequação com a causa de pedir, e se há pertinência em tese entre a descrição dos fatos e o pedido condenatório formulado, e esse é admissível na lei, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido. Saber se os fatos narrados na denúncia ocorreram ou não, e se, mesmo tendo ocorrido, é possível imputar o resultado a título de dolo ou de culpa *stricto sensu* ao réu, isso não é matéria atinente a pressupostos processuais ou condições da ação, mas sim matéria de mérito.

Confisco

606. Confisco — *v.*

Pedido de restituição, p. 672.

Confissão

607. Confissão — valor — discrepâncias — *v.* tb.

Art. 186 do CPP, p. 264.

Testemunho – pequenas contradições, p. 775.

Em alguns casos, a confissão do réu pode ter maior poder de convencimento pela riqueza de pormenores. Não quando se trate de pormenores excessivos nem perfeitamente idênticos aos contados pelos co-réus ou por uma testemunha, o que poderia indicar uma semelhança suspeita e às vezes até forjada entre as versões, mas sim haja coincidência apenas entre os pontos fundamentais, com pequenas discrepâncias secundárias que mais valorizem a autenticidade da prova oral, sabidamente sujeita a imprecisões nos aspectos circunstanciais.

608. Confissão — valor da confissão policial — *v.* tb.

Testemunho policial, p. 776.

Não se pode desqualificar *a priori* a confissão do acusado pelo só fato de ter sido prestada perante a polícia, quando esteja em sintonia com a demais prova dos autos.

609. Confissão — inexistência — réu que alega sevícias, mas é inconfesso

Não raro alega o réu em juízo ter sido seviciado no inquérito e coagido a assinar o interrogatório policial sem lê-lo. Normalmente é inverossímil que a autoridade policial violasse seus deveres para com a integridade física e moral do prisioneiro, expondo-se com a prática de grave crime, para coagir o indiciado a assinar uma peça em que ele é inconfesso.

610. Confissão — quando deve ser desconsiderada

A confissão é meio de prova, e, aliás, muito relevante. Entretanto, se está isolada, se nada nos autos a confirma, não pode servir de esteio por si só para uma condenação, sob pena de grave risco de erro. Uma confissão muitas vezes pode ser feita para acobertar os verdadeiros agentes, ou para obter favores ou vantagens de todo tipo entre marginais ou em decorrência dos vícios intrínsecos do próprio sistema repressivo criminal.

Conivência

611. Conivência — e co-autoria — *v.* tb.

Art. 29 do CP, p. 80.

Se o réu aderiu à ação típica praticada, concorrendo, de alguma forma, para a execução do delito, será co-autor, e não mero conivente.

Suponhamos que o agente, previamente ajustado com os cúmplices para a prática de um roubo, mantenha sua presença ao lado dos cúmplices, enquanto estes dominam a vítima, agridem-na ou ameaçam-na e executam a subtração. Se ele, pessoalmente, não chega a proferir um gesto explícito de ameaça

nem a participar das agressões ou da ação física da subtração, será ele co-autor ou mero conivente?

Não é mera presença passiva ou impunível, e sim participação ativa, a daquele que dá cobertura aos agentes e ajuda a criar as condições de intimidação para vencer a resistência da vítima.

Assim, com razão, disse ANÍBAL BRUNO: "Uma atitude totalmente negativa, como a simples presença no ato de consumação ou a não denúncia à autoridade pública de um fato delituoso de que se tem conhecimento não pode constituir participação punível. É chamada conivência. Mas não é simples conivência e sim participação criminosa e ativa a atitude de quem assiste ao fato delituoso para intimidar a vítima ou prestar auxílio eventual ao agente, embora não venha a praticar ato algum com esses fins." (*Direito penal*, parte geral, t. II, p. 278, 3ª ed., Forense, 1967). Ou ainda, nas palavras de BENTO DE FARIA "a participação pode ser atividade material ou mesmo psíquica, entendendo-se por esta última modalidade a determinação, instigação ou mesmo encorajamento dirigido a quem realiza os atos de execução material" (cit. na Ap. n. 1.023.363-5 — TACrim, rel. Luiz Ambra).

Nesse caso, não se trata de mera falta de solidariedade impunível: houve um nexo psíquico a ligar os agentes, a uns cabendo a ação, a outros, a omissão, todos concertados para o evento final, com a prática de "atos que contribuem para a produção de um evento lesivo", como assim os considera BETTIOL.

Em face da atual redação do § 1º do art. 29 do Cód. Penal, a distinção entre co-autoria e participação agora importa para fins de fixação da pena: "atualmente, em face do novo sistema penal, é bem nítida a diferença entre autoria e participação. Esta, que pode ser *moral* (*instigação*) ou *material* (*cumplicidade*), exige o exame da colaboração do partícipe, para que seja ele responsabilizado *na medida de sua culpabilidade* (art. 29, *caput*, do CP)" (*JTACrim*, *91*:268, rel. Mafra Carbonieri).

Entretanto, não se há de falar em participação de menor importância se o agente teve a vontade e manifestou a intenção de cooperar no roubo, *permanecendo junto* aos demais executores até o final da consumação e exaurimento do delito (nesse sentido, cf. *RJTJSP*, *4*:334; *JTACrim*, *98*:133, *93*:77).

Ou ainda, nos estritos termos do art. 29 do Cód. Penal, mais que atitude meramente omissiva e impunível, comete participação punível quem induz, persuade ou incentiva os co-executores materiais a cometer o crime a cuja execução, solidário, assiste (*RT*, *523*:433). Quem, presente à execução do crime, aplaude os co-executores materiais e encoraja sua ação, pode estar a contribuir para intimidar a vítima ou vencer-lhe a resistência. Também é partícipe e não meramente conivente quem persuade os co-executores materiais a cometerem o crime, assim como é partícipe quem impede que terceiros socorram a vítima (*RT*, *523*:433). Caso, porém, se reconheça que a participação foi de menor importância, haverá redução da pena (CP, art. 29, §§ 1º e 2º).

Consumidor

612. Consumidor — *v.*

Lei n. 1.521/51, p. 556.

Contradição

613. Contradição no testemunho — *v.*

Testemunho, p. 775.

Contraditório

614. Contraditório — *v.* tb.

Advogado, p. 42.

Advogado – imprescindibilidade, p. 45.

Art. 610 do CPP, p. 383.

Defesa, p. 469.

Defesa – deficiência, p. 469.

Ministério Público, p. 652.

615. Contraditório — bilateralidade dos atos processuais

Com a evolução da teoria do processo penal, o acusado e o Ministério Público passaram a ser sujeitos da relação processual — o acusado deixou, portanto, de ser *objeto* do processo, e o Ministério Público deixou de ser apêndice do Poder Judiciário, eliminando-se a possibilidade de poder o Juiz agir de ofício. É hoje o processo penal um verdadeiro *diálogo de três pessoas* (CORDERO, *Ideologie del processo penale*, 1966).

Daí assegurarem as leis e a própria Constituição o princípio do contraditório, concebido, na magistral lição de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, como *ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los* (*Princípios fundamentais do processo penal*, p. 82, ed. Rev. dos Tribunais, 1973).

616. Contraditório — falta de oitiva do Ministério Público — quando não é nulidade — *v.* tb.

Ministério Público, p. 653.

O processo penal por crime de ação pública só se move hoje por iniciativa do Ministério Público (CF, art. 129, I) e nenhum ato ou termo do processo pode ser feito sem sua participação (art. 564, III, *d*, do CPP). Assim, depois de instaurado o contraditório, com o recebimento da denúncia, todos os atos do processo devem ser iluminados pela oitiva não só do réu, pelo seu defensor, como também do Ministério Público, por seu representante, antes de qualquer decisão no processo: nesse sentido tem sido o mais correto entendimento da jurisprudência (*RT*, *445*:440, *331*:302; *RJDTACrim*, *14*:88, *3*:50 etc.).

Apenas em situações excepcionais deve-se admitir possa o Juiz conceder medida cautelar *inaudita altera pars*, seja tanto para expedir um mandado de prisão sem ouvir a defesa, seja para revogar uma custódia processual sem ouvir a acusação: nesses casos, o sacrifício da bilateralidade dos atos do processo pode justificar-se pela gravidade ou urgência da própria medida, ora diretamente em proveito do réu (como no último caso), ora no proveito da sociedade (como no primeiro).

Não raro descuram-se essas cautelas. Geralmente, nada costuma impedir e tudo está a recomendar seja assegurada oportunidade de manifestação sobre cada incidente processual ao titular da ação penal pública, a quem compete promover e fiscalizar a execução da lei penal (CPP, art. 257), e ao advogado do réu, a quem incumbe sua defesa técnica (CPP, art. 261).

Tendo-se descurado sem justo motivo de qualquer dessas oitivas, exigidas pelo princípio do contraditório em todos os atos e termos da ação penal pública (CF, art. 5º, LV, e CPP, art. 564, III, *d*), haverá nulidade, sob demonstração de prejuízo.

Contravenção – prescrição

617. Contravenção penal — prescrição — *v.* tb.

Denúncia – interrupção da prescrição, p. 477.

Prescrição, p. 699.

Hoje, o recebimento da denúncia sempre interrompe a prescrição, seja em matéria de crime ou contravenção.

É verdade que nem sempre foi assim. Ao tempo do absurdo procedimento penal *ex officio*, a denúncia não interrompia a prescrição quando versasse contravenção penal. E isso porque, embora desde o advento do art. 3º, II, da Lei Complementar n. 40/81 já se admitisse pudesse o Ministério Público denunciar contravenções (e, até mesmo antes disso, quando se tratasse de contravenção penal conexa com crime de ação pública), a verdade é que a jurisprudência vinha então entendendo que a denún-

cia, quando fosse meramente substitutiva da portaria judicial ou policial *ex officio*, não poderia ter mais forças do que a portaria contravencional a que substituía, mormente em detrimento das garantias do réu. Contudo, com a advento da Constituição de 1988, que tornou privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública, a denúncia passou a interromper sempre a prescrição, tanto nos crimes como nas contravenções.

Controle externo da atividade policial

618. Controle externo da atividade policial — generalidades

Impõe o art. 129, VII, da Constituição, que o Ministério Público exerça o controle externo sobre a atividade policial, na forma de sua lei orgânica.

Como já temos anotado em *Regime jurídico do Ministério Público* e *Introdução ao Ministério Público* (3ª ed., Saraiva, 1996, e 2ª ed., Saraiva, 1998, Caps. 5 e 7), o objeto desse controle deve ser previsto na lei complementar de cada Ministério Público, devendo ser exercido, entre outras áreas, sobre: *a)* as *notitiæ criminis* recebidas pela polícia, e que nem sempre, na prática, são canalizadas para a apuração criminal, que fica sob puro arbítrio policial; *b)* a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais (violência, tortura, corrupção, abuso de autoridade); *c)* os casos em que a polícia não demonstra interesse ou possibilidade de levar a bom termo as investigações; *d)* as visitas às delegacias de polícia; *e)* a fiscalização permanente da lavratura de boletins ou talões de ocorrências criminais; *f)* a instauração e a tramitação de inquéritos policiais; *g)* o cumprimento das requisições ministeriais.

A Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que é de aplicação subsidiária para os Ministérios Públicos dos Estados (art. 80 da Lei n. 8.625/93 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), deu maior destaque ao controle externo da atividade policial, um dos pontos mais

importantes, embora mais deficientes, da atual atuação do Ministério Público (LC n. 75/93, arts. 3º e 9º; CF, art. 129, VII). Tal controle interessa não só como mecanismo de freios e contrapesos a que todas as instituições públicas devem submeter-se, como também porque deverá trazer proveitos para a própria atividade da Polícia e do Ministério Público.

Quais as finalidades que devem ser buscadas no controle externo do Ministério Público sobre a atividade policial? São as que dizem respeito não só às funções diretas do Ministério Público (p. ex., a promoção da ação penal pública) e da Polícia (em especial a Polícia Judiciária), como também aos fins pelos quais o Ministério Público deve zelar, como aqueles de que cuida o art. 127, *caput*, e 129, II, da Constituição da República, e que foram minudenciados nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 75/93.

Os pressupostos do controle externo são mencionados no art. 3º da Lei Complementar n. 75/93: *a)* o zelo pelo respeito aos fundamentos do Estado democrático de Direito (entre os quais e ligados ao controle da atividade policial, estão a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político); *b)* o zelo pelos objetivos fundamentais da República (*v.g.*, a luta contra a marginalização, em favor da diminuição das desigualdades sociais e regionais; a luta contra os preconceitos de todo o tipo); *c)* o zelo pelos princípios informadores das relações internacionais (como as violações a direitos humanos; o combate ao terrorismo, ao racismo); *d)* o zelo pelo respeito aos direitos assegurados na Constituição e nas leis; *e)* a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; *f)* a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; *g)* a indisponibilidade da persecução penal; *h)* a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Será exercido o controle da atividade policial por meio de medidas judiciais ou extrajudiciais, incluindo: *a)* livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; *b)* acesso a quaisquer documentos que digam respeito à atividade-fim policial; *c)* possibilidade de representar à autoridade competente, para sa-

nar omissões ou para prevenir ilegalidades ou abuso de poder; *d)* requisição de inquérito policial, que o Ministério Público poderá acompanhar, nele produzindo provas; *e)* promoção da ação penal por abuso de poder; *f)* controle da atividade da polícia judiciária militar (LC n. 75/93, arts. 9º, 116 e 117).

Nesse assunto, a Lei Orgânica do Ministério Público da União menciona ainda a necessidade de que as prisões sejam imediatamente comunicadas aos órgãos do Ministério Público, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão (LC n. 75/93, art. 10).

619. Controle externo da atividade policial — precedente jurisprudencial

Em mandado de segurança impetrado por membros do Ministério Público que visavam ao exame de livros relativos ao registro da atividade de polícia judiciária (com base no Ato n. 98/96, do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público paulista), o Tribunal de Justiça local concedeu a ordem. Entendeu que a exibição de livros de registros de atos de polícia judiciária aos Promotores de Justiça não era ilegítimo controle interno, como pretendido pela autoridade policial, e sim exigência lícita de sua atividade fiscalizadora, relativa a documentos de assentamentos de atividades de polícia judiciária.

Assim, é "visível a supracitada relação de coordenação, pois o Ministério Público também era recipiendário da supracitada atividade de polícia judiciária. Daí, o poder correcional que, naquela situação, não era hierárquico, interno ou de subordinação. Vale lembrar que a atividade correcional, prevista na Constituição da República, volta-se ao aperfeiçoamento dos serviços auxiliares. Como observou João Mendes, a polícia 'não é um poder, é uma função. É uma função administrativa do Poder Executivo e uma função auxiliar do Poder Judiciário' (*O processo criminal brasileiro*, vol. II, p. 50, ed. Freitas Bastos de 1959). A propósito, rematou Canuto Mendes de Almeida: 'a polícia é

uma necessidade da justiça penal' (*Princípios fundamentais do processo penal*, p. 60, ed. Rev. dos Tribunais, 1973). Portanto, da função de auxílio nasce a relação de coordenação e a decorrente função correcional extraordinária (a ordinária é realizada pela própria Administração, ou seja, deriva do poder hierárquico). Em síntese e voltando ao caso em exame, a atividade de examinar livros de registros de atos de polícia judiciária era legítima, equivocando-se a autoridade policial em confundi-la como controle interno" (Rec. Sent. Estr. n. 238.929-3-1-S. Paulo, 6ª Câm. Cr. TJSP, v.u., rel. Fanganiello Mairovich, j. 16-10-97).

Conversão do julgamento em diligência

620. Conversão do julgamento em diligência — recurso da defesa

Tratando-se de recurso exclusivo do réu, não pode a instância superior determinar a conversão do julgamento em diligência para esclarecimento de fato relacionado à sua reincidência e que só poderia prejudicá-lo (*RT*, *572*:312-TJSP; *JTACrim*, *85*:447).

Correição parcial

621. Correição parcial — *v.*

Mandado de segurança, p. 646.

Recursos, p. 722.

622. Correição parcial — indeferimento — *v.* tb.

Mandado de segurança, p. 649.

Em se tratando de correição parcial, é inadmissível o indeferimento de seu processamento pelo juízo *a quo* (*RJDTACrim*, *22*:469). Nesse caso, poderá ser ajuizado mandado de segurança.

623. Correição parcial — rito — fungibilidade recursal — *v.* tb.

Fungibilidade recursal, p. 516.

A correição parcial, tida como autêntico sucedâneo recursal, é prevista nos arts. 93-6 do Cód. Judiciário do Estado de São Paulo (Dec.-Lei Compl. n. 3/69), e destina-se à emenda de erros ou abusos que importem inversão tumultuária dos atos e fórmulas de ordem legal do processo, quando para o caso não houver recurso[54].

Embora o art. 94 do Cód. Judiciário paulista diga que na correição parcial o rito é o do agravo de instrumento, ouvido o Ministério Público, na verdade há controvérsia sobre o rito a ser dado a ela no processo penal.

Para alguns, é o do recurso em sentido estrito, que é o recurso mais próximo em fins e forma ao sucedâneo recursal que é a correição (*v.g.*, art. 194, § 1º, do Regimento Interno do TACrimSP, de 1981); para outros, é o do agravo de instrumento (MIRABETE, *Processo penal*, n. 19.13.3, p. 708, ed. Atlas, 1998); outros, ainda, entendem que o rito seria o do agravo do Cód. de Processo Civil de 1939 — sob cuja vigência fora instituída a remissão àquele rito pelo Cód. Judiciário paulista — mas esta última posição, conquanto prestigiada por FERNANDO TOURINHO FILHO (*Processo penal*, IV/363, 12ª ed., Saraiva, 1990), não nos parece convincente, pois o Cód. Judiciário reportou-se ao rito do agravo de instrumento, *simpliciter*, de forma que as alterações subseqüentes do agravo de instrumento importariam alteração do rito da correição.

Assim, tendo a legislação mais recente alterado o rito do agravo de instrumento (Lei n. 9.139/95), o rito da correição parcial passou a ser aquele atualmente conferido aos agravos de instrumento.

---

54. Cf. *RT*, *453*:130; *JTACrim*, *73*:204.

De qualquer forma, porém, a matéria é polêmica. Assim, e em razão do princípio da fungibilidade recursal, desde que a inconformidade tenha manifestada a tempo e não tenha havido erro grosseiro nem má-fé, deve-se admitir o processamento da correição parcial seja pelo rito do agravo de instrumento — o que é o mais correto —, seja pelo do recurso em sentido estrito — que é o mais usual no processo penal para ataque decisões interlocutórias.

Crime comum

624. Crime comum *versus* crime de responsabilidade — *v.* tb.

Lei n. 4.898/65, p. 559.

Dec.-Lei n. 201/67, p. 467.

Prefeito, p. 697.

"A expressão *crime comum*, na linguagem constitucional, é usada em contraposição aos impropriamente chamados *crimes de responsabilidade*, cuja sanção é política, e abrange, por conseguinte, todo e qualquer delito, entre outros, os crimes eleitorais. Jurisprudência antiga e harmônica do STF. Competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar Governador de Estado acusado da prática de crime comum, Constituição, art. 105, I, *a*. Deslocamento da competência da Justiça estadual, afirmada desde a Constituição de 1891, para a Justiça Federal. Conflito negativo conhecido e deferido" (CJCR 6971-DF, rel. Min. Paulo Brossard, *DJU*, 21-2-92, p. 1.693, *RTJ*, *138*:93, j. 30-10-91, STF Pleno, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *123*:122, *33*:590, *32*:614).

Crime continuado

625. Crime continuado — *v.*

Art. 71 do CP, p. 139.

Decadência, p. 466.

Prescrição – crime continuado, p. 700.

Crime contra a economia popular

626. Crime contra a economia popular — *v.*[55]

Art. 171 do CP, p. 248.

Lei n. 1.521/51 – economia popular, p. 556.

Locação, p. 642.

627. Crime contra a economia popular — o recurso ex officio estaria revogado pelo art. 129, I CF ? — *v.*

Recurso de ofício, p. 723.

628. Crime contra a economia popular *versus* estelionato — *v.* tb.

Art. 171 do CP, p. 248.

"Tratando-se de pluralidade de vítimas determinadas, inviável é a desclassificação do delito de estelionato para crime contra a economia popular, eis que este é praticado contra o povo, ou um número indeterminado de ofendidos" (*JTACrim*, *42*:294).

629. Crime contra a economia popular — art. 2º, I, da Lei n. 1.521/51 — probabilidade de dano a um número indeterminado de pessoas

Comentando a infração ao art. 2º, I, da Lei n. 1.521/51, o clássico Elias de Oliveira, em sua apreciada obra *Crimes contra a economia popular* (Freitas Bastos, 1952, p. 53), assim se manifesta: "É crime de perigo. A *summatum opus* verifica-se com o fato inicial da sonegação de mercadoria ou da recusa de vendê-la. O resultado é a probabilidade de dano a indeterminado número de indivíduos, causando um mal-estar social que faz periclitar a incolumidade coletiva. Reflete-se na economia popular, como parte interessada, a quem prejudica pela incerteza e insegurança de abastecimento imprescindível."

---

55. Cf. tb. arts. 61-80 do CDC.

630. Crime contra a economia popular — individualização das vítimas

Mesmo não tendo sido indicadas por expresso vítimas concretas do prejuízo, em tese é possível identificar crime contra a economia popular, pois a simples falta de individualização das vítimas não elidiria essa forma de responsabilidade penal (*JTACrim*, *90*:278, *84*:255 e *33*:185), como ensinou MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Legislação penal especial*, ed. Rev. dos Tribunais, 1972, p. 23).

Com efeito, segundo tem decidido a jurisprudência em hipóteses tais, a inexistência de vítima determinada não descaracteriza a infração contra a economia popular, pois "não é o patrimônio individual, que se protege, mas o do povo em geral" (*RJDTACrim*, 5/75).

631. Crime contra a economia popular — competência — *v.* tb.

Competência, p. 407.

"O empréstimo de dinheiro realizado com recursos próprios, mediante a cobrança de juros extorsivos, não se amolda à Lei n. 7.492/86, que prevê os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. O particular que assim atua comete o crime de usura, descrito no art. 4º da Lei de Economia Popular, a ser julgado pela Justiça estadual (Súm. n. 498 – STF)" (CComp n. 19.798, 3ª Seç. STJ, j. 25-11-98, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, 17-2-99, p. 113).

632. Crime contra a economia popular — quando há exageros na repressão

Como anotou MANOEL PEDRO PIMENTEL, a respeito de *Aspectos novos da Lei de Economia Popular*: "No clima emocional vivido, não houve serenidade para que se atentasse detidamente para as peculiaridades apontadas neste trabalho. É bom repetir a opinião que já emitimos anteriormente: de nada adianta excesso

de repressão malconduzida, nos momentos de crise, pois se torna inconsistente e prejudica a imagem da autoridade. Ciclicamente, o País vive momentos em que a economia popular é erigida à categoria de bem jurídico prioritário, merecendo rigorosa proteção. Sempre que é incentivada a repressão aos crimes contra a economia popular, os excessos se repetem." (*RT*, *607*:263 e 272).

Ainda no mesmo trabalho, PIMENTEL anotou que a prática consuetudinária de uma conduta, não coibida durante anos pelas autoridades fiscalizadoras, pode levar ao erro sobre a ilicitude, também chamado de erro de proibição, consagrado como causa excludente da culpabilidade pelo art. 21 do Cód. Penal (Lei n. 7.209/84).

633. Crime contra a economia popular — usura real — pluralidade de sujeitos passivos

"Para a caracterização do delito de usura real, previsto no art. 4º, *a*, da Lei n. 1.521/51 (*Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei;...*), não se exige a pluralidade de sujeitos passivos. Com esse fundamento, a Turma, entendendo presente a habitualidade da prática do referido crime contra a mesma vítima, indeferiu *habeas-corpus* em que se sustentava que a conduta do paciente — empréstimo de dinheiro mediante a cobrança de taxa de juros de 35% ao mês, acima do permitido em lei — seria atípica uma vez que, tratando-se de crime contra a economia popular, não teria lesionado um número indefinido de pessoas, mas apenas o patrimônio de uma só vítima. *HC* n. 76.593-MS, rel. Min. Octavio Gallotti, 17-3-98" (*Informativo STF*, n. 103).

634. Crime contra a economia popular — usura — perícia — desnecessidade

A perícia é indispensável quando recaia sobre o corpo do delito, para prova de sua materialidade, ou então para questões

que refujam ao conhecimento do homem normal, como em matérias que sejam objeto do conhecimento especializado (medicina, engenharia etc.).

Como o núcleo do tipo da usura supõe cobrança de juros, comissões ou descontos percentuais sobre dívida em dinheiro, superiores à taxa permitida em lei, a prova do fato pode ser feita por qualquer meio, inclusive por via documental e cálculos aritméticos, desde que não envolvam no caso concreto complexidade tal que exceda ao conhecimento comum.

Perícias para cálculo de juros de usura podem ser feitas, sim, quando envolvam questões mais complexas, que não possam ser enfrentadas pelas partes nem pelos julgadores sem o assessoramento de técnicos nas ciências econômicas, o que nem sempre é o caso.

635. Crime contra a economia popular — usura pecuniária ou real (anatocismo) — extorsão e outros crimes

Em caso que tivemos sob exame, há alguns anos, entendemos que deveria ser oferecida denúncia contra um indiciado perante o qual diversas pessoas tinham contraído empréstimos e, em poucos meses, em período de moeda estabilizada, tinham passado a dever diversas vezes o valor do débito original. Em tese era possível estar presente o anatocismo, sob forma de usura pecuniária ou real (art. 4º, *a*, da Lei n. 1.521/51).

Reforçava-se a possibilidade quando se evidenciava que as vítimas eram obrigadas a assinar cheques não *pro soluto* e sim *pro solvendo*, ou seja, não em pagamento da dívida, mas sim como mera garantia dos empréstimos contraídos. Como é cediço na doutrina e na jurisprudência, eventual não-pagamento de cheque dado em garantia de dívida não constitui estelionato e sim mero ilícito civil. Desta forma, as ameaças que as vítimas sofreram de ser requerida instauração de inquérito policial contra elas, por estelionato, quando sua dívida era apenas de caráter civil, podiam em tese configurar crime de extorsão (art. 158 do CP), ou, pelo menos, crime do art. 71 da Lei n. 8.078/90 (utilizar, na cobrança

de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer).

636. Crime contra a economia popular — tabelas de táxi adulteradas

Se o motorista de táxi se vale de tabelas adulteradas para obter ganhos fraudulentos em prejuízo da população, a nosso ver a capitulação correta não é a do art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/51, pois este dispositivo cuida de especulações ou processos fraudulentos como bola de neve, cadeias e pichardismo e quaisquer outros equivalentes. Ora, esses processos fraudulentos já exemplificativamente enumerados pelo legislador dão a nota distintiva do que seriam os outros processos equivalentes: têm de ser processos em que haja uma multiplicação gradual de lesados, como nos casos indicados (como, p. ex., a chamada pirâmide). E essa não é a situação de quem frauda tabela oficial de serviços essenciais, como os de táxi, comportamento que merece antes enquadramento no inc. VI do mesmo dispositivo[56].

637. Crime contra a economia popular — taxímetro de táxi adulterado ("turbinado") — consumação

"Configura crime contra a economia popular a introdução de dispositivo estranho no mecanismo de funcionamento normal do taxímetro, alterando-lhe a indicação referente às tarifas correspondentes aos controles quilométrico e horário, para auferir lucro ilícito em detrimento da comunidade" (*RJDTACrim*, 5/75).

"A instalação de *turbina* em velocímetro de táxi caracteriza processo fraudulento, pelo que o agente está incurso no art. 2º, XI, da Lei nº 1.521, de 1951" (*RJDTACrim*, 5/78).

---

56. Nesse sentido, acolhendo a capitulação sugerida, embora sem afastar a capitulação ora negada, cf. *JTACrim*, *96*:107.

638. Crime contra a economia popular — *pirâmide*

O art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/51, considera crime contra a economia popular "obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos (bola de neve, cadeias, pichardismo e quaisquer outros equivalentes)".

O processo conhecido como *pirâmide* teria adequação típica a essa infração penal?

O processo de cadeia chamado de *pirâmide* consiste no seguinte: algumas pessoas se organizam e fazem uma lista com os próprios nomes, e cada qual delas contribui com quantia igual, em dinheiro, cujo total é entregue às duas primeiras pessoas que encabeçam a lista; cada um dos demais integrantes da lista deve trazer a adesão de mais duas pessoas, que entrarão ao fim de uma nova lista que será elaborada, excluídos agora os dois primeiros integrantes, já contemplados com a arrecadação inicialmente obtida. Assim, sucessivamente, os dois primeiros vão recebendo numerário e vão saindo da lista, enquanto dois novos integrantes contribuem para ocupar as posições inferiores das novas listas e esperam até galgar o ápice da pirâmide, quando serão contemplados, recebendo várias vezes a mais do que desembolsaram.

Sobre ser intuitivo que esse modo de criar dinheiro supõe um procedimento ilusório, ainda gera uma progressão matemática, que, como é fácil de perceber, mais cedo ou mais tarde será necessariamente quebrada, pela crescente enormidade.

Assim, bem configurada resta a figura típica do delito do art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/51, até porque, *concessa venia* ao entendimento em contrário (*v.g.*, *RJDTACrim*, *6*:221, e *RT*, *656*:308 — o mesmo caso), é evidente o processo fraudulento de captação do proveito ilícito, pois que, bem sabem os primeiros partícipes que receberão seus lucros, enquanto terão prejuízo os últimos que aderirem, iludidos na expectativa de um lucro comum que não virá. Então, os primeiros sempre se locupletam, recebendo proveito ilícito, em prejuízo dos últimos, que são lesados — daí ser

inaceitável o argumento da falta de dolo dos participantes da corrente (*RJDTACrim*, *10*:198).

Como bem ressaltou MÍLTON CÍCERO NOVAES BAPTISTA, em excelente parecer publicado em *RJDTACrim*, *6*:221, e *RT*, *656*:308, "ao fomentarem ou aderirem à corrente, os imputados não apenas revigoravam-lhe a dinâmica e davam causa à multiplicação das pirâmides, mas, tornando-se, eles próprios, imediatos beneficiários de novas cadeias, ampliavam quantitativamente o número dos processos fraudulentos em operação, disseminando-os como meios de altíssima potencialidade lesiva à economia do povo."

Pouco importa que nem todos que participaram da cadeia tenham efetivamente obtido o proveito ilícito; a lei pune tanto o obter como o tentar obter, de forma que, embora somente quem chegue ao ápice da pirâmide consiga obter o proveito, todos os demais estão tentando obter o mesmo lucro, às custas do dinheiro alheio, em prejuízo que mais cedo ou mais tarde irá recair sobre os retardatários que tenham feito as últimas adesões.

Nesse sentido, já tem decidido o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Crime contra a economia popular — Realização de reunião de *pirâmide* — Arquivamento de inquérito policial — Recurso *ex officio* provido — Autos remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça para os fins do art. 28 do Cód. de Processo Penal — Inteligência da Lei n. 1.521, de 26-12-51. Configuram-se crime contra a economia popular, as reuniões de *pirâmide*, realizadas em salões de festas ou residências particulares, visando à obtenção de ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos" (*RJDTACrim*, *3*:210).

639. Crime contra a economia popular — jogo da *chapinha* — estelionato e não crime contra a economia popular

O chamado *jogo da chapinha*, *tampinha* ou *papa*, consiste em que o agente, que é o banqueiro do jogo, deveria colocar uma

bolinha, normalmente de espuma de *nylon*, sob uma tampinha dentre outras, e, embaralhando-as, pede à vítima que acerte sob qual tampinha está o objeto oculto. Ocorre, porém, que não se trata a rigor de um jogo, mas de um processo fraudulento que configura estelionato, pois, nele, "o ganho e a perda não dependem exclusivamente ou principalmente da sorte, por um simples motivo. Nesse tipo de jogo não há ganho por parte do apostador, porque o banqueiro, num golpe de prestidigitação imperceptível, deixa de colocar a bolinha de espuma de *nylon* nas tampinhas. O que há é a mais pura fraude em detrimento do apostador, que se insistir em continuar jogando jamais ganhará. Ora, esse *modus operandi* dos malandros só tem o condão de iludir os mais incautos, os despreparados, os simplórios, os parvos e os bobos, jamais com eficácia para um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas, de sorte a configurar crime contra a economia popular" (*RJDTACrim*, *18*:46).

Crime culposo

640. Crime culposo — *v.*

Culpa, p. 461.

Dolo, p. 486.

Crime de bagatela

641. Crime de bagatela — *v.*

Princípio da insignificância, p. 704.

Crime de *mão própria*

642. Crime de mão própria — *v.*

Art. 308 do CP, p. 311.

Art. 341 do CP, p. 331.

Art. 342 do CP, p. 335.

Crime impossível

643. Crime impossível — *v.*

Art. 17 do CP, p. 65.

Crime militar

644. Crime militar — *v.*

Competência, p. 407.

Justiça Militar, p. 549.

Crime permanente

645. Crime permanente — *v.*

Decadência, p. 466.

Crime político

646. Crime político

"Ementa: I. Crime político: conceituação para o fim de verificar a competência da Justiça Federal, segundo a Constituição (art. 109, IV); dimensões constitucionais do tema. Quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, a que ela mesma remeteu — como é o caso da noção de crime político, para a definição da competência dos juízes federais —, é imperativo admitir-se, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá, o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias, ultrapassado as raias do âmbito possível de compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental. II. Crime político: conceito: impertinência ao direito interno das exceções admitidas para fins extradicionais. 1. As subtrações admitidas pelo art. 77, § 1º e 3º, da Lei de Estrangeiros ao âmbito conceitual do crime político só se ex-

plicam para o efeito limitado de facultar excepcionalmente a extradição, não obstante ser o crime político, quer pela motivação ou os objetivos do agente, quer pela natureza do bem jurídico protegido pela norma incriminadora. 2. Para efeitos de direito interno, dar prevalência, na qualificação de uma infração penal complexa, aos seus aspectos políticos ou às suas conotações de criminalidade comum é uma opção de cada ordenamento nacional positivo, com a qual nada tem a ver a razão de ser das restrições dominantes, só para efeitos extradicionais, ao conceito de delito político. 3. Uma vez que a Lei de Segurança Nacional mesma é que, no art. 20, arrola entre os crimes políticos a extorsão mediante seqüestro, desde que vise à 'obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas', destrói-se por si só o argumento de que bastaria, a elisão do caráter político desse mesmo delito — assim qualificado pela lei que nele se contivessem os elementos típicos de crime comum, classificado de hediondo. III. Crime político: caracterização: relatividade. É da essência da criminalidade política a pertinência dos bens e valores tutelados pelas normas da incriminação que a compõe, em cada sistema jurídico nacional, a identidade e ao ordenamento político do Estado respectivo. Por isso, sob a ótica da ordem jurídica brasileira, um fato submetido a sua jurisdição e que, sob a perspectiva de um ordenamento estrangeiro, configure crime político, não terá aqui a mesma qualificação jurídica, salvo se simultaneamente ofender ou ameaçar a segurança ou a ordem político-social brasileiras. Os fatos pelos quais condenados os recorrentes podem ser reputados delitos políticos pelos Estados contra cujos sistemas e valores de caráter político os agentes pretendessem dirigir a atividade finalística da associação clandestina e a aplicação, nela, do produto da extorsão que aqui obtivesse êxito; para o Brasil, entretanto —, a cuja ordem política são estranhos a motivação e os objetivos da ação delituosa —, o que existe são apenas os crimes comuns configurados — independentemente de tais elementos subjetivos do tipo — pela materialidade da conduta dos agentes" (RECR n. 160.841-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*,

22-9-95, p. 30.610, j. 3-8-95, STF Pleno, v.u., Caso Abílio dos Santos Diniz; *v.* tb. *RTJ*, *70*:607).

Crime progressivo

647. Crime progressivo — distinção de progressão criminosa — *v.*

Progressão criminosa, p. 713.

Crimes ambientais

648. Crimes ambientais — competência — *v.* tb.

Competência — crime contra a flora, p. 411.

"Conflito de competência — penal — crime contra o meio ambiente — ausência de lesão, ao menos em princípio, a bens, serviços ou interesse da União — competência da Justiça estadual. Ainda que se trate de inquérito instaurado com vistas a apurar eventual crime contra o meio ambiente, mas não sendo possível constatar, de início, possível lesão a bens, serviços ou interesse da União, a competência é da Justiça estadual" (CComp n. 20.928, 3ª Seç. STJ, j. 25-11-98, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, 17-2-99, p. 114).

649. Crimes ambientais — Lei n. 9.605/98

O art. 27 da Lei n. 9.605/98 dispõe que, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de transação de que cuida o art. 76 da Lei n. 9.099/95 somente poderá ser formulada se tiver havido *prévia composição do dano ambiental*, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Essa composição cível do dano ambiental há de ser celebrada entre o causador da lesão e um dos órgãos públicos legitimados, de que cuida o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85. Sendo o Ministério Público um dos legitimados que pode transigir a respeito, é natural que a composição do dano, por ele acordada com

o causador da lesão, levará ao arquivamento do inquérito civil ou das peças de investigação, e, nesse caso, a revisão do arquivamento será obrigatória, na forma da Lei da Ação Civil Pública.

Desta forma, sob o aspecto cível, o Ministério Público, por seu órgão competente, poderá previamente ajustar a composição do dano com o causador da lesão ambiental, e só o fará nos casos em que disponha de critérios técnicos e objetivos para tanto.

Sob o aspecto criminal, se, pela complexidade da avaliação dos danos, ou por outro motivo igualmente relevante, ficar obstada a prévia composição do dano, o titular da ação penal pública optará entre deixar de fazer a proposta de transação ou, conforme o caso, fazê-la assim mesmo, valendo-se, nesse último caso, do permissivo da parte final do art. 27 da Lei n. 9.605/98.

Crimes contra a honra

650. Crimes contra a honra — *v.*

Ação penal privada, p. 40.

Advogado, p. 43.

Art. 85 do CPP (crime x honra de prefeito – foro), p. 148.

Art. 141, II, do CP, p. 176.

Art. 144 do CP (pedido de explicações), p. 178.

Art. 145, parágrafo único, do CP, p. 178.

Desacato, p. 483.

Exceção da verdade, p. 503.

Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), p. 560.

Retratação, p. 738.

Vereadores – imunidade penal, p. 800.

651. Crimes contra a honra — não-aplicação da Lei dos Juizados Especiais — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95, p. 603.

"Estão fora do âmbito de competência dos juizados especiais criminais os delitos contra a honra, que, em virtude do procedimento especial a que seguem continuam na competência dos juízos criminais ordinários" (CComp n. 1.198, 1ª Câm. TACrim-RJ, j. 15-9-97, *Boletim IBCCrim*, n. 62, p. 234, jan. 98).

652. Crimes contra a honra — presença de dolo — *v.* tb.

Crimes contra a honra (debate político), p. 450.

Hoje, a teoria finalista da ação faz perquirir o elemento subjetivo como integrante da tipicidade da infração. Assim, se ausente o dolo, exigível para a configuração de determinado tipo de infração penal, está ausente a própria tipicidade da conduta. Assim, a intenção de narrar (*animus narrandi*) ou de defender (*animus defendendi*) exclui o elemento subjetivo do injusto.

Mas, mesmo sem recorrer à teoria dos *animi*, de FLORIAN, segundo a qual seria mister a intenção particular de ofender, a melhor doutrina reconhece ser necessária "a vontade de praticar a ação com a consciência de seu caráter ultrajante" (ANÍBAL BRUNO, *Direito penal*, parte especial, t. 1, Forense, 1972, p. 282).

Desta forma, poderá não estar a cometer crime contra a honra quem atribui a outrem fatos ou conceitos depreciativos, mas o faz para defender-se (como o réu que acusa a vítima de tê-lo provocado para a agressão), ou para desempenhar-se de funções legais que suponham o direito de crítica construtiva (como o vereador que verbere uma decisão do prefeito). Assim, por exemplo, numa crítica contundente feita pelo agente ao *soi-disant* ofendido, pode transparecer claro inexistir propósito de ultrajar e sim mera preocupação em defender direitos ou até de emitir crítica, ainda que dura, mas dentro de elevação e padrões éticos socialmente aceitáveis, a comportamentos que entenda incorretos.

Por certo que, na generalidade dos casos, a ninguém agrada ser criticado, ainda mais quando na crítica falte cortesia; mas, como advertem HUNGRIA e NORONHA, não se há de atender nos crimes contra a honra à suscetibilidade exagerada de algumas pessoas, verdadeiros alfenins, nem se confunde com crime contra a honra a mera incivilidade (respectivamente, *Comentários ao Código Penal*, v. VI, n. 136, p. 92-3, ed. Forense, 1958; e *Direito penal*, v. 2, n. 351, p . 126, ed. Saraiva, 1986).

E deve mesmo ter certa licença ou liberdade para reclamar quem se julga efetivamente prejudicado, pois, como dizia VIEIRA (tomo XIV, dos *Sermões*), não há de pedir pedindo, senão protestando e argumentando; pois esta é a licença e liberdade que tem quem não pede favor senão Justiça.

653. Crimes contra a honra — a retorsão

Pode o Juiz deixar de aplicar a pena no caso de retorsão imediata, ou se o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria (CP, art. 140, § 1º, I e II).

Outrossim, não se deve perder de vista que certas explosões de ira podem justificar-se nas circunstâncias. Como bem anotou RUI BARBOSA (*Novos discursos e conferências*, 1933, p. 396), "a ira dos pacientes, feita de incalculáveis acumulações de sofrimento comprimido, não tem limites e pode raiar pelas divisas da loucura. É não abusarem da fraqueza dos humildes e resignados, se não querem ter dessas surpresas, que desestribam os mais fortes, e dão em terra com os mais seguros".

654. Crimes contra a honra — debate político — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Crimes contra a honra (dolo), p. 449.

Lei n. 5.250/67, p. 565.

Se o agente dirige críticas ao administrador e à sua administração, não propriamente com o fito de gratuitamente ferir

sua honra subjetiva ou objetiva, mas para expor sua plataforma política de candidato a cargo eletivo do Poder Executivo ou do Legislativo, e assim expõe os supostos desacertos administrativos com que não se conforma, visa a cativar os eleitores, e suas críticas não constituirão crime contra a honra se tiverem sido proferidas dentro de um limite de crítica socialmente tolerável.

Devemos reservar o processo criminal para casos de gravidade acentuada, em que a reprovabilidade social gerada pelo comportamento típico e antijurídico do agente deva levar a um juízo seguro de imputabilidade penal.

Não seria possível campanha eleitoral alguma sem críticas. Será um problema de suscetibilidade recebê-las bem ou mal, mas, desde que estejam vazadas em termos normais e sóbrios, ainda que incisivos, não há crime contra a honra a punir.

É verdade que, se na vida privada ninguém tem o direito de viver criticando o próximo com intenção de ofender a honorabilidade de quem quer que seja, já na vida pública, por exceção, o cidadão abre mão de uma parcela de sua intimidade, desde sua candidatura, e a tutela penal à sua intimidade será mais cautelosa. Normalmente, nas campanhas políticas, as palavras, opiniões e os atos são o próprio instrumento de plataforma eleitoral dos candidatos e seus adversários. Certo é que as autoridades em geral, necessariamente submetidas à vida pública e à crítica dos cidadãos, da imprensa, de partidos e de políticos, não podem ter a suscetibilidades à flor da pele. São alvo costumeiro de inúmeras e pesadas críticas, o que até certo ponto é normal num regime de pluralidade de idéias e liberdade de opinião.

Entretanto, quando esse lícito direito de crítica excede o limite construtivo, para atingir gratuitamente não a *ação* do político, mas sua própria *pessoa* e seu próprio *modo de ser*, ou o atinge com atribuição de *fatos* inverídicos, criminosos ou não, que podem abalar sua auto-estima ou sua estima social — então a ofensa passa a interessar à honra objetiva e subjetiva da vítima.

Entretanto, se houver claro excesso, a reprimenda penal há de vir, porque, se a assertiva injuriosa, difamatória ou caluniosa for gratuita, se houver ofensa pela própria ofensa, a condenação penal será a justa retribuição pelo mal feito; contudo, nos demais casos, a melhor solução será recusar a presença do crime contra a honra.

Também, é mister ver os termos em que está lançada a crítica. Em muitos casos, é socialmente aceitável a crítica, ainda que dura, desde que seja vazada em termos sóbrios e até educados. Uma coisa é dizer que uma solução encontrada não é a melhor, ou até é mesmo a pior de todas por tais ou quais razões; e outra coisa é dizer que a solução encontrada é a obra rematada de um perfeito idiota, um imbecil, um asno enfezado e outras expressões gratuitamente contumeliosas, sem qualquer intuito de crítica construtiva.

Em suma, é verdade que os homens públicos não gozam, em idêntica medida, da mesma defesa da intimidade que os cidadãos comuns. Naturalmente, se a quase ninguém ou apenas a poucos interessa saber como uma pessoa do povo administra sua cozinha ou seu tanque de combustível, já agora a toda a comunidade interessa saber como estão sendo administrados os recursos públicos, a quantas anda a administração municipal, estadual ou federal, mantidas com pesadíssimos impostos e encargos sociais que recaem sobre toda a coletividade. Assim, o limite social de tolerância da crítica é maior quando se trate dos atos da administração ou dos administradores, pois, como disse ANÍBAL BRUNO, "pesa na hipótese o interesse social que faz atribuir a cada cidadão o direito de vigilância e crítica sobre a maneira pela qual são conduzidos os negócios públicos e atuam os seus servidores" (*Direito penal*, IV, p. 300, ed. Forense, 1972).

Aliás, essa distinção já a fez o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "a moralidade administrativa é princípio constitucional (CF, art. 37), justamente para coibir a imoralidade na Administração Pública que assola o país, daí dever ser abordada, quando na verificação da constitucionalidade ou não dos proje-

tos de lei. Assim, não está perfeitamente identificado o *animus diffamandi* ou *injuriandi* para a caracterização do crime de injúria, observando-se na matéria jornalística o *animus criticandi* aos projetos encaminhados à Câmara Municipal pelo Prefeito da cidade" (*RJDTACrim*, 7:83, rel. Aguiar Vallim).

Entretanto, se estiver mesmo presente o *animus injuriandi*, *diffamandi* ou *calumniandi*, não haverá negar, sairemos da área da crítica social e politicamente aceitável e entraremos na área do ilícito penal.

655. Crimes contra a honra — injúria *versus* difamação — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Distinguem-se injúria e difamação; neste, há necessidade de que o agente impute *algum fato determinado* ao ofendido; naquela, bastam assertivas que *ofendam a dignidade e o decoro* alheio, sem ligação a fato concreto.

Assim, chamar alguém de *ladrão*, sem mencionar fato determinado que envolva a suposta subtração de bem alheio pelo ofendido, passa a exprimir apenas qualidade negativa, um modo de ser e de viver, e não *um fato* ofensivo. No julgamento da Ap. n. 130.827, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo afirmou corretamente que, "*se ao proferir a frase ofensiva não menciona o acusado fato determinado, mas vago e impreciso, não há falar em difamação e sim em injúria*" (*RT*, *498*:316).

Já a assertiva de que um prefeito seria ladrão, *porque desviou verbas municipais para comprar sua fazenda*, consiste na imputação de fato determinado, que, se falso, será calunioso: não se trata de mera injúria.

656. Crimes contra a honra — calúnia *versus* difamação — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Progressão criminosa, p. 713.

Em certos casos, a imputação por mais de um crime contra a honra pode ser superfetada.

Suponhamos que, numa só entrevista ou num só discurso, o agente atribua ao ofendido a prática de fatos ofensivos à sua reputação e que *também* se constituem em crimes. Teremos aí o fenômeno da *progressão criminosa*, o que enseja, em casos tais, só a punição do delito mais grave, embora aumentada a pena (*RT*, 573:397).

657. Crimes contra a honra — calúnia *versus* injúria — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, para a ocorrência da calúnia, é mister a imputação de *fato criminoso determinado*: "Calúnia: inexistência da imputação de fato criminoso determinado: impossibilidade, no caso, de desclassificação. Não constitui calúnia a imputação ao ofendido da prática de crimes identificados apenas pela menção às denominações legais dos tipos; ainda que a irrogação possa caracterizar injúria, se por tal delito fora o paciente absolvido em primeiro grau, sem recurso da acusação, a desclassificação não cabe" (*HC* n. 76.267-MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF*, 115).

658. Crimes contra a honra — difamação — narrativa dos fatos

Não é necessário que o fato difamatório seja exposto pelo agente com todas as minúcias (*RT*, *607*:324, *546*:376), mas uma narração por demais vaga e indeterminada pode não constituir crime de difamação (*RT*, *498*:316).

659. Crimes contra a honra — difamação — Lei de Imprensa — *v.* tb.

Retratação, p. 738.

Segundo o disposto no art. 21, § 2º, da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), "constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele".

660. Crimes contra a honra — ofensa a Magistrado — *v.* tb.

Advogado, p. 44.

A imunidade penal do art. 142, I, do Cód. Penal, não abrange as ofensas irrogadas contra o Magistrado; além disso, não colide com essa norma o art. 133 da CF, que assegura a inviolabilidade do Advogado *nos limites da lei* (*JSTF*, *151*:280; *RT, 704*:396-STJ).

661. Crimes contra a honra — art. 142, I, do Cód. Penal — Advogado — quando não existe imunidade judiciária — calúnia — *v.* tb.

Art. 331 do CP, p. 327.

Crimes contra a honra, p. 448.

Quais os limites da imunidade penal de que cuida o art. 142, I, do Cód. Penal, endossada pela inviolabilidade prevista no art. 133 da Constituição e ratificada pelo § 2º do art. 7º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB)?

O art. 142, I, do Cód. Penal, exclui o crime de injúria ou de difamação, se a ofensa contra a honra for irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador. A par da lei penal, a Constituição assegura a inviolabilidade do advogado nos termos da lei, sendo que o Estatuto da OAB estende a imunidade profissional à injúria, difamação e desacato (estando suspensa a vigência da parte final do § 2º do art. 7º da Lei n. 8.906/94, no que diz respeito ao desacato, nos termos de liminar concedida na ADIn 1.127-8-DF-STF).

Suponhamos que o Advogado atribua a prática de fatos criminosos ao ofendido, fatos estes que, se falso, constituam calúnia. Assim, a imunidade judiciária de que cuida o art. 142, I, do Cód. Penal *não alcançará a hipótese*.

Nem isentaria o agente a inviolabilidade que foi instituída no art. 133 da Constituição Federal, pois que esse predicamento *encontra limites na lei*, e é o próprio estatuto penal que não estende a inviolabilidade aos crimes de calúnia. Nem se diga, ainda, que o Estatuto da OAB teria alargado a imunidade profissional para além da injúria e da difamação, pois foi suspensa a vigência da parte final do § 2º do art. 7º da Lei n. 8.906/94, no que diz respeito ao desacato, nos termos de liminar concedida na ADIn n. 1.127-8-DF-STF.

662. Crimes contra a honra — art. 142, I, do Cód. Penal — Advogado — quando não existe imunidade judiciária — injúria e difamação — *v.* tb.

Art. 331 do CP, p. 327.

Com razão a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a imunidade prevista no art. 142, I, do Cód. Penal, se justifica plenamente para assegurar às partes ou a seus procuradores o pleno exercício do *jus narrandi vel defendendi*; contudo, não serve de exculpação *a priori* e absoluta para os excessos que extravasem a necessária *discussão da causa*. Assim, em havendo excessos sem o elo de pertinência entre a defesa exercida e ofensa cometida, tais excessos serão criminalmente puníveis (*RT*, *700*:397-STJ — crime de Advogado contra Promotor de Justiça; *RHC* n. 4.056-4-STJ, *DJU*, 6-3-95, p. 44; *RT, 713*:398-TARS — crime de Advogado contra assistente social; *RT, 714*:367-TACrimSP — crime de Advogado contra Delegado de Polícia — necessidade de correlação entre a ofensa e a defesa do direito postulado; *RT, 717*:425-TACrimSP — crime de Advogado contra Promotor de Justiça — *idem*; *RT, 722*:486-TACrimSP — crime de Advogado contra Promotor de Justiça — *idem*).

663. Crimes contra a honra — art. 142, I, do Cód. Penal — Advogado — *animus narrandi*

Se o cliente faz crer ao Advogado que ilícitos penais foram praticados em seu detrimento, e se essa questão pode influir no julgamento da lide, mais que o direito, tem o advogado o dever de invocar esses fatos na defesa do cliente, sob pena de, não o fazendo, omitir-se no exercício de seu mister. E, assim agindo, não poderá ser punido por crime contra a honra. Com efeito, “na defesa da causa, o advogado não pode omitir argumento algum, e não são poucas as vezes em que interesses conflitantes exigem ataques mais violentos” (*RT*, *597*:321).

Assim, tem inteira aplicação o precedente que afirma: “Se o *animus* dos advogados signatários da inicial de processo civil, bem como do cliente que lhes outorgara mandato judicial foi apenas o de narrar fatos indispensáveis para a fundamentação do pedido ajuizado, não há de se cogitar dos delitos previstos nos arts. 138, 139 e 140 do Cód. Penal” (*RT*, *541*:385).

Naturalmente, nesse caso tem o Advogado que tomar cautelas, como o exige o art. 34, XV, da Lei n. 8.906/94, mas esse cuidado é matéria estranha ao processo penal. Neste, o que se cuida de analisar, é que, como bem lembrou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2.546-0-SP (92.0018411-1), “o advogado, como mandatário, tem o direito (correspondentemente, o dever), de expor, com altivez, a tese favorável ao cliente. Omissão poderá acarretar-lhe obrigação de compor perdas e danos. Inclusive narrar, se for o caso, crime praticado pela contra-parte, sendo necessário para o julgamento da causa. *Causa*, aqui, entendida como *lide*, entrechoque de pretensões opostas. Evidente, ultrapassada essa fronteira, estar-se-á no terreno da ilicitude. Ao advogado (como à parte, ao Juiz e ao Ministério Público), é vedado lançar irrogações desairosas, agressoras da honra, se, com isso, nenhuma utilidade trouxer para os autos” (rel. Min. Cernicchiaro).

E, mais adiante, asseverou o culto Ministro: “A sinceridade da defesa aferir-se-á a final. Só nesse momento, proces-

sualmente, se evidencia a verdade, ou sobrepairam indícios do propósito".

Se as assertivas tidas como ofensivas à honra, proferidas pelo Advogado, estão plenamente inseridas dentro do contexto de defesa do cliente, não podem ser tidas como gratuitamente ofensivas. Se as ofensas irrogadas em juízo não visam ao fito gratuito de ofender, conspurcar ou desmerecer, mas sim têm o propósito claro de narrar ou defender-se, não hão de constituir crime, nem calúnia, nem mesmo a injúria ou a difamação, não apenas por força da expressa e já aludida imunidade, mas sim até mesmo por falta de dolo direto, elemento integrante da tipicidade da infração penal.

664. Crimes contra a honra — crimes praticados por procurador — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

"Expressões tidas como injuriosas em petição assinada por advogado que assumiu a responsabilidade por elas não podem ser imputadas ao mandante que não assinou conjuntamente com o advogado essa petição" (*JTACrim*, *85*:185).

665. Crimes contra a honra — representação — legitimação concorrente do Ministério Público e do ofendido — *v.* tb.

Art. 145, parágrafo único, do CP, p. 178.

Crimes contra a honra, p. 448.

Ministério Público, p. 652.

Representação, p. 735.

Retratação, p. 738.

Revendo sua posição a respeito da matéria, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, nos crimes contra a honra de funcionário público, a representação ao Ministério Pú-

blico é mera alternativa à disposição do ofendido, não constituindo privação de seu direito de queixa.

"Ação penal: legitimação alternativa do Ministério Público e do ofendido *propter officium*: interpretação do art. 145, parágrafo único, do CP, e do art. 40, I, *b*, da Lei de Imprensa, conforme ao art. 5º, X, da Constituição. Se a regra geral para a tutela penal da honra é a ação privada, compreende-se, não obstante, que, para desonerar, dos seus custos e incômodos, o funcionário ofendido em razão da função, o Estado, por ele provocado, assuma a iniciativa da repressão da ofensa delituosa; o que não se compreende, porém, é que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público — o que não elide o dano à sua honorabilidade pessoal —, o ofendido não a possa defender pessoalmente em juízo — como se propicia a qualquer outro cidadão —, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público. Por isso, a admissão da ação penal pública quando se cuida de ofensa *propter officium*, para conformar-se à Constituição (art. 5º, X), há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, jamais, como privação do seu direito de queixa. Conseqüente revisão de jurisprudência mais recente do Tribunal, para o restabelecimento de precedentes (*v.g.*, Ap. Cr. 932, 12-4-24 — Caso Epitácio Pessoa — rel. Geminiano da Franca; RE 57.729, 2-4-65, Hahnemann Guimarães, *RTJ*, *32*:586), não só por seus fundamentos persistentes, mas também pelo advento do art. 5º, X, da vigente Constituição da República. Conclusão pela legitimação concorrente do Ministério Público ou do ofendido, independentemente de as ofensas, desde que *propter officium*, ou a propositura da conseqüente ação penal serem, ou não contemporâneas ou posteriores à investidura do ofendido" (AgRg em Inq. n. 726-0-RJ, rel. Sepúlveda Pertence, m.v., STF-Pleno, *RTJ*, *154*:410; *DJU* de 29-4-94, p. 9.730; vencidos Celso de Mello e Moreira Alves — *RT, 711*:402; no mesmo sentido, *v. HC* n. 76.024-RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 12-12-97, *Informativo STF*, 96).

666. Crimes contra a honra — crimes da Lei de Imprensa — *v.*

Crimes contra a honra, p. 448.

Imprensa, p. 530.

Lei n. 5.250/67, p. 560.

667. Crimes contra a honra — ofensa contra pessoa jurídica — *v.*

Lei n. 5.250/67, p. 563.

Crimes de responsabilidade

668. Crimes de responsabilidade — *v.*

Crime comum, p. 436.

Crimes hediondos

669. Crimes hediondos — *v.*

Pena – individualização, p. 685.

Tóxicos (regime da pena), p. 792.

670. Crimes hediondos — atentado violento ao pudor

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o crime de atentado violento ao pudor, tanto na forma simples como na qualificada, insere-se na classificação de crime hediondo, prevista no art. 1º da Lei n. 8.072/90 (*RHC* n. 6.633-SP, rel. Min. José Arnaldo; Aviso n. 486/97-PGJ, *DOE* de 22-10-97, seç. I, p. 32).

671. Crimes hediondos — qualificadoras

"As referências contidas no artigo 9º da Lei n. 8.072/90 ao art. 223 do Cód. Penal apenas guardam pertinência com os tipos dos artigos 213 e 214 do Cód. Penal. Extorsão mediante seqüestro — resultado morte — Lei dos Crimes Hediondos — qualifi-

cadora. Uma vez constatada qualquer das hipóteses previstas no art. 224 do Cód. Penal, cumpre observar a qualificadora do art. 9º da Lei n. 8.072/90, aumentando-se a pena de metade. Isso ocorre quando, via medicação ministrada em doses maciças, neutraliza-se a capacidade de resistência da vítima" (*HC* n. 74.876-PI, *Informativo STF*, 110).

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

672. CTB — Código de Trânsito Brasileiro — *v.*

Lei n. 9.503/97, p. 627.

Culpa

673. Culpa — *v.*

Dolo, p. 486.

674. Culpa — crime culposo — falha mecânica

"O motorista não pode se exonerar de culpa com a simples alegação de falha mecânica no veículo. Para que se isente o condutor de culpa, é preciso que fique cabalmente demonstrado que o evento decorreu, efetivamente, de falha mecânica, e que essa falha não seja fruto de negligência na conservação do veículo e que o motorista não tinha condições de evitar esse evento" (*JTACrim*, *86*:423).

675. Culpa — concorrência de culpas — *v.* tb.

Art. 29 do CP (co-autoria), p. 85.

O crime culposo admite co-autoria, quando haja cooperação consciente dos agentes na negligência, imprudência ou imperícia comum.

Coisa diversa da co-autoria é a *concorrência de culpa*. Nesse caso, sem liame psicológico entre si, diversas pessoas cometem

ações culposas autônomas, causando o resultado penalmente relevante.

Para melhor aclarar os conceitos, tomemos um exemplo clássico de co-autoria em crimes culposos: dois motoristas resolvem, por espírito de emulação, disputar corrida de automóveis em vias públicas; chocam-se e atropelam vários pedestres. Ainda que não desejando o resultado, que era previsível, ambos cooperaram conscientemente na ação culposa.

Vejamos agora a concorrência de culpas, ou seja, ações culposas independentes que se somam para que seja atingido o êxito penalmente relevante, sem que haja qualquer nexo psicológico entre os agentes: dois motoristas, um embriagado, outro em excesso de velocidade, se põem a dirigir pelas ruas da cidade, insciente um do que o outro está fazendo, e, com a imprudência de ambos, acabam colidindo e assim atropelando pedestres na calçada.

Havendo concorrência de culpas, até mesmo entre o agente e a vítima, estas, diversamente do que pode ocorrer na área civil, não se compensam no campo penal.

676. Culpa — responsabilidade de engenheiro

"Homicídio culposo — falta de justa causa. Não há justa causa para processo por homicídio culposo contra o engenheiro que proibiu o uso por pessoas do elevador destinado só à elevação de materiais, de sorte que o acidente ocorreu por desobediência e imprudência da vítima" (*RHC* n. 53.126-SP, 1ª T. STF, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 25-2-75, *DJU*, 5-5-75).

677. Culpa — previsibilidade — fundamento da culpa

Por mais graves que tenham sido as conseqüências não queridas nem previstas pelo agente, não pode ser ele condenado, se seu comportamento não está informado por qualquer ato culposo suficiente para desencadear o evento.

O melhor esteio para fundamentar a culpa penal *stricto sensu* é a previsibilidade; não uma previsibilidade hipotética e imaginária, como a de que todos podem morrer amanhã, e sim e tão-somente a previsibilidade concreta do evento penalmente relevante é que pode justificar um juízo de reprovação, sem o que não se pode pensar em imputação e muito menos em condenação penal.

Exemplifiquemos com a hipótese do agente que permite ou até manda que seu empregado trafegue um veículo que ele sabe sem condições para tanto, como sem freios, ou, se durante a noite, sem faróis. Entretanto, tomemos o caso do mesmo patrão, que proíba que seu empregado dirija o veículo nestas condições, e é desatendido. Neste último caso, ao contrário do primeiro, não há indícios de culpa penal do patrão, ainda que na área civil possa se ver responsabilizado; a responsabilidade penal exige nexo causal direto entre o dever de cuidado omitido e o resultado penalmente relevante.

No crime culposo, o autor do fato, para ser culpado, tem que ter podido *prever* e *evitar* o resultado. Se o resultado foi imprevisível e inevitável, e se o agente atuou com atenção e cuidado exigíveis nas circunstâncias, não há culpa penal a punir, pois não se pode impor objetivamente responsabilidade penal a ele apenas pela superveniência do resultado de dano.

Sabemos que, se o agente *prevê* e *quer* o resultado, temos o dolo; se *prevê ou não* um resultado *previsível*, que *não quer*, temos a culpa; se *prevê* o resultado e despreza o risco, assumindo conscientemente a possibilidade de dano, podemos ter o dolo eventual; e se *não prevê e não quer* um resultado *imprevisível*, temos o caso fortuito.

A previsibilidade, último divisor de águas entre o crime e o caso fortuito, deve ser examinada não sob um prisma hipotético, de um homem médio e ideal, mas em cada caso concreto.

Por mais grave que seja um resultado não previsto nem querido pelo agente, não se lhe pode atribuir objetivamente a

responsabilidade pelo evento sem que este fosse previsível e evitável, empregando-se as diligências normais de cuidado nas circunstâncias. "Se o atuar do agente está de acordo com as normas de comportamento que ele devia e podia cumprir, nas circunstância, segundo a exigência comum de diligência nos atos da vida, não se pode falar em culpa, por mais grave que possa ser o resultado não querido nem previsto pelo agente" (ANÍBAL BRUNO (*Direito penal*, 3ª ed., parte geral, tomo II, p. 86, ed. Forense, 1967).

É necessário um suporte psicológico que alimente o fato lesivo, como, por exemplo, o desprezo pela vida ou pela saúde alheias, quando o agente empreende um comportamento em especial arriscado, para o qual sabe não estar suficientemente preparado, habilitado ou em condições atuais de exercer.

A rígida doutrina psicológica cedeu espaço para a teoria normativa da culpa, segundo a qual aponta-se a ausência de censura ou reprovação social para excluir a imputabilidade (*apud* BASILEU GARCIA, *Instituições de direito penal*, t. I, p. 251, 4ª ed., Max Limonad, 1968).

678. Culpa — ato regulamentar

A inobservância de sinal de trânsito ou até mesmo de disposições regulamentar, ainda que consciente, nem sempre tornará culposo o evento subseqüente (cf. *Exposição de Motivos do Código Penal*, inc. 13).

679. Culpa — segurança do trabalho

Se o patrão omite dever de cuidado que lhe caiba, e seja previsível que, em vista dessa omissão, possa resultar lesão ou morte em seus obreiros, ainda que o agente não queira o resultado, responde por ele a título de culpa.

Assim, suponhamos que, numa olaria, os obreiros façam, por ordem do patrão, cortes acentuados no barranco, para dele extrair matéria-prima para os tijolos. Se o barranco desmorona e

soterra um obreiro, pode haver responsabilidade penal do patrão. Com efeito, pode ter havido omissões de cuidado em determinar o escoramento do barranco bem como podem ter faltado os equipamentos de proteção e segurança dos obreiros (CF, art. 7º, XXII; CLT, arts. 154 e 200, e à Norma Regulamentadora n. 6.2, da Portaria n. 3.214, de 8-6-78, do Ministério do Trabalho, *v.g.*), necessários em olarias que são consideradas atividades industriais de médio para alto risco[57].

680. Culpa — crime culposo e omissão de socorro — *v.*

Art. 135 do CP, p. 172 e s.

Custas

681. Custas — não-incidência de taxas nas causas criminais

Quanto às custas, o art. 6º, I, da Lei estadual n. 4.952/85, diz não incidir taxa judiciária nas causas criminais de qualquer espécie (nesse sentido, Ap. n. 770.653-4-Campinas, TACrim, 7ª Câm., j. 10-2-94, rel. Rubens Elias, v.u.).

Dano

682. Dano — *v.*

Art. 163 do CP, p. 234.

Art. 167 do CP, p. 240.

Decadência

683. Decadência — distinção de prescrição — *v.* tb.

Prescrição, p. 699.

---

57. Cód. de atividade 117070, risco *H*, cf. Port. n. 3.214, de 8-6-78, do Ministério do Trabalho (as avaliações de risco vão do grau mínimo, *A* — como empregados em escritórios, ao máximo, *N* — como empregados em fábrica de explosivos).

O decurso do tempo pode inviabilizar a defesa do direito material em juízo: *a)* porque certos direitos se extinguem pelo seu não-exercício durante um lapso de tempo previsto pelo legislador (decadência ou caducidade); *b)* porque em outros casos, posto subsista o direito material, decorreu o prazo para que seu titular possa invocá-lo ativamente em juízo (prescrição).

684. Decadência — crimes continuados e permanentes — *v.* tb.

Art. 71 do CP, p. 139.

Prescrição – crime continuado, p. 700.

Representação do ofendido, p. 735.

Representação – cautelas, p. 736.

O prazo para que o ofendido exerça seu direito de queixa ou representação nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada é de seis meses (CPP, art 38; CP, art. 103).

Embora se trate de prazo fatal e improrrogável, há que se ter em conta que existem peculiaridades em algumas situações, pois nos crimes continuados e nos crimes permanentes, o prazo se conta a partir do último ato criminoso praticado.

Assim, no caso do agente que pratique diversos crimes sob forma continuada, ainda que os primeiros atos ilícitos já possam estar cobertos pela decadência, os mais recentes poderão estar dentro do prazo no qual ainda se admita o exercício do direito de queixa ou representação. Desta forma, se o agente comete estupro, com violência presumida, contra uma adolescente de 13 anos, o prazo de decadência para que o representante legal da ofendida exerça o direito de queixa ou de representação será contado a partir do dia em que vier a saber quem é o autor do crime (CPP, art. 38, primeira parte). Mas, se o agente continua mantendo novas relações sexuais com a menor durante meses a fio, ainda que os primeiros estupros pudessem estar alcan-

çados pelo prazo decadencial, em tese os últimos poderiam ainda ser objeto de queixa ou representação[58].

Dec.-Lei n. 201/67

685. Dec.-Lei n. 201/67 — *v.*

Crime comum, p. 436.

Prefeito, p. 697.

686. Dec.-Lei n. 201/67 — crime de responsabilidade — ação penal contra ex-prefeito

No tocante aos crimes de responsabilidade de que cuida o Dec.-Lei n. 201/67, tratando-se de ex-prefeito, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, era pacífica no sentido de que, expirado o mandato, faltaria justa causa para a propositura da respectiva ação penal (*RT*, *565*:385; *RJTJSP*, *91*:383, *79*:363, *56*:288 e *42*:291).

Entretanto, houve alteração desse entendimento, de forma que hoje o posicionamento é exatamente o contrário. Segue-se, assim, a Súm. n. 164 – STJ: "*O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Dec.-Lei n. 201, de 27-2-67*".

687. Dec.-Lei n. 201/67 — crime de prefeito — crimes federais ou eleitorais

"1. Crimes comuns praticados por prefeito municipal (art. 1º do Dec.-Lei n. 201/67): competência originária do Tribunal de Justiça para o julgamento. Eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma inscrita no art. 29, VIII, da Constituição Federal. 2. Crimes eleitorais praticados por prefeito: competência originária do Tribunal Regional Eleitoral. *HC* n. 59.503, relator

58. Num caso como esse, nesse sentido decidiu o TJSP, no julgamento do *HC* n. 137.196, Câm. Crim. Conj. TJSP, j. 12-9-1978, rel. Azevedo Franceschini.

Ministro Néri da Silveira, 2ª T. 3. Crimes federais — CF, art. 109, IV: competência originária do Tribunal Regional Federal. *HC* n. 68.967-PR, Plenário; *HC* n. 69.649-DF, Plenário" (RE n. 149.544-MA, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, 30-6-95, p. 20.418, j. 31-10-94, 2ª T. STF, v.u.; cf. *RTJ*, *144*:874).

Em outra decisão, a propósito de crimes eleitorais praticados por prefeitos municipais, decidiu-se: "1. O Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência penal originária para processar e julgar ex-Congressista a quem se atribuiu a prática de infração delituosa ocorrida em momento anterior ao da sua investidura no mandato parlamentar federal. 2. As atribuições jurisdicionais originárias do Tribunal de Justiça — constitucionalmente definido como juiz natural dos Prefeitos Municipais — restringem-se, no que concerne aos processos penais condenatórios, unicamente às hipóteses pertinentes aos delitos sujeitos à competência da Justiça local. Precedente: *HC* n. 68.967-PR, Pleno. 3. Nos crimes praticados contra bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, a competência originária para processar e julgar os Prefeitos Municipais pertence ao Tribunal Regional Federal. Precedente: RE n. 141.021-SP, Pleno. 4. Tratando-se de delitos eleitorais, o Prefeito Municipal é processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal Regional Eleitoral. Precedente: *HC* n. 69.503-MG. 5. Extensão dessa competência penal originária aos ex-Prefeitos, desde que a ação penal contra eles instaurada objetive a persecução de delitos praticados durante o exercício do mandato executivo municipal" (INQO n. 406-SC, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 3-9-93, p. 17.741, j. 1º-7-93, STF Pleno, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *130*:1.128, *129*:257).

Defensor dativo

688. Defensor dativo — *v.*

Defesa, p. 469.

Lei n. 7.891/89 (defesa dativa), p. 568.

Defesa

689. Defesa — *v.*

Art. 392 do CPP – intimação da sentença, p. 349.

Contraditório, p. 428.

Defesa – deficiência, p. 469.

Nulidades, p. 667.

Prazos, p. 692.

690. Defesa — defesa técnica — defensor dativo — *v.*

Lei n. 7.891/89 (defesa dativa), p. 568.

Revisão (defensor dativo), p. 741 e 748.

691. Defesa — colidência

Os tribunais têm entendido, com razão, que não é possível entregar a defesa de dois ou mais réus de interesses colidentes às mãos de um único defensor; contudo, eventual nulidade não dispensa demonstração de prejuízo.

Assim, "se um dos réus nega a sua participação no crime, enquanto o outro o incrimina nas declarações prestadas, não poderia ter sido a defesa de ambos promovida pelo mesmo advogado, que assumiu indevidamente o patrocínio comum. Evidenciado o prejuízo para o paciente, concede-se a ordem para anular o processo a partir do interrogatório, estendendo-se ao co-réu, que também teve a sua defesa prejudicada" (*HC* n. 69.716-RS, 1ª T. STF, v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13-10-92, *DJU*, 18-12-92, p. 24.378).

Defesa – deficiência

692. Defesa — deficiência — *v.*

Contraditório, p. 428.

Defesa, p. 469.

693. Defesa — deficiência — ausência de defesa prévia

Acarreta nulidade a falta de defesa prévia no feito?

Em regra geral vem a jurisprudência apontando nulidade na omissão da defesa prévia pelo defensor dativo, ao contrário do que ocorre com a ausência da defesa prévia por defensor constituído (cf. *RTJ*, *36*:198, *54*:81, *80*:500). Assim, devem cuidar o Magistrado e o Promotor de Justiça da cautela de velar para que tal defesa seja efetivamente formulada, inclusive nomeando-se outro defensor, se é o caso.

Entretanto, mesmo na falta de defesa prévia por defensor dativo, a nosso ver nem sempre haverá nulidade. Se a falta de defesa prévia não pode ser atribuída à desídia, pois o defensor se portou zelosamente em toda a instrução, reperguntando, apresentando pertinentes e combativas razões finais e contra-razões de recurso, em casos concretos é possível entender que a não-apresentação de defesa prévia foi opção da defesa, por falta de melhores subsídios para comportar-se diversamente. Assim, poderá inexistir desídia ou falta de defesa. Afinal, se não tem o réu testemunhas a fazer ouvir, se não há questões reais a serem alegadas, uma defesa prévia vazia não se distinguiria da ausência de defesa prévia ("o réu provará sua inocência no curso da instrução"...). Em suma, há de atentar-se para a questão do prejuízo.

694. Defesa — deficiência — limites da atuação do Advogado

Com toda a propriedade se adverte que, "em verdade, não prescreve a lei ao advogado criminal o modo como deva desempenhar sua tarefa, pelo que lícito não lhe é exigir que proceda desta ou daquela forma, devendo-se abrir a todo o profissional um crédito de confiança, que só deverá ser retirado se se comprovar que, por inépcia, desídia ou dolo, tenha causado prejuízo à defesa do réu. Daí o acerto da Súm. n. 523 – STF: *No*

processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (*HC* n. 46.487-3, 3ª C., j. 4-8-86, rel. Des. Cunha Camargo, TJSP).

Diversa, porém, seria a conclusão, caso, além da inexistência da defesa prévia, houvesse omissão ou deficiência dos demais atos defensórios.

Desta forma, embora sendo sempre recomendável que o Magistrado e o Ministério Público zelem para que a defesa prévia seja efetivamente apresentada, mormente nos casos de defensoria dativa, nem sempre se deve proclamar nulidade pela sua falta.

Denúncia

695. Denúncia — diversos — *v.*

Art. 41 do CPP, p. 104.

Art. 569 do CPP (aditamento), p. 363.

Denúncia – interrupção da prescrição, p. 477.

Denúncia – rejeição, p. 477.

Ministério Público, p. 652.

696. Denúncia — recebimento implícito — *v.* tb.

Denúncia – fundamentação no recebimento, p. 472.

Suponhamos que, apresentada a denúncia, omita-se o Juiz sobre seu recebimento, ou seja, *não profere despacho de recebimento da denúncia*.

Embora rara, já nos deparamos com hipóteses tais. Às vezes, dada a denúncia, muitas vezes louvando-se em despachos datilografados que lhe são preparados por aprendizes do cartório, o Juiz se limita a deferir algumas diligências apresentadas junto com a cota que acompanha a denúncia, omitindo-se sobre seu recebimento ou rejeição.

Ora, o controle jurisdicional da legalidade da acusação é feito seja em benefício da coletividade, quando a ação penal pública não é proposta (CPP, art. 28), seja em benefício do réu, obedecido o devido processo legal, quando a ação é proposta pelo Ministério Público e sua denúncia pode ser recebida ou rejeitada pelo Poder Judiciário (CPP, art. 43). Assim, o momento do recebimento ou não da denúncia não se confunde com mero despacho de andamento: supõe decisão interlocutória simples, por meio da qual o Juiz deverá admitir formalmente o seu processamento, caso entenda presentes as condições da ação e as condições de procedibilidade, ou rejeitá-la, quando entender ausente a justa causa para a *persecutio criminis*.

A decisão tem de ser formalizada porque dela decorrem graves efeitos para a liberdade do réu, como, no caso de recebimento da denúncia, a interrupção da prescrição e a determinação da autoridade coatora. Nessas condições, sem efetivo e expresso recebimento da denúncia, fica cerceada a defesa do réu.

Não obstante entendam alguns que, nesses casos haveria como que um *recebimento implícito* da denúncia, já que o réu é interrogado e o processo é efetivamente instaurado, a nosso ver deve o processo ser anulado para que haja decisão expressa sobre o recebimento ou não da denúncia.

Há, entretanto, expressivos entendimentos em sentido contrário: "O ato judicial consistente em designar data para o interrogatório e mandar requisitar o réu, que estava preso na ocasião, representou inequívoco recebimento tácito da denúncia, porém, válido e apto até mesmo para se ter como interrompido o curso da prescrição, como tem sido reconhecido pela jurisprudência de nossos tribunais" (Ap. 1.100.579-8, TACrim; *v.* tb. *RT*, *502*:348 e *575*:470 e STF *RHC* n. 60.914-7, rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* de 3-6-83; *RT*, *692*:343-STF).

697. Denúncia — fundamentação no seu recebimento

A Constituição exige sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (art. 93, IX); naturalmente, o escopo

dessa determinação é obter melhor controle da prestação jurisdicional. Com isso se atingem as prestações jurisdicionais de mérito e, também, em regra geral, as decisões interlocutórias.

Entretanto, ainda que o recebimento da denúncia seja uma decisão interlocutória, seja por falta de previsão do vetusto Cód. de Processo Penal de 1941, seja talvez para não antecipar um juízo de certa forma favorável à imputação que poderia exercer influências sobre o Magistrado na futura instrução, a praxe forense não tem exigido seja fundamentado o recebimento da denúncia. Entretanto, mesmo que a praxe forense não exija a fundamentação no recebimento da denúncia, o normal é que seja ele uma decisão expressa, que decorre da adequação típica entre o fato narrado e a previsão normativa abstrata, desde que observada integral correspondência com os elementos de convicção sobre os quais repousa a peça acusatória inicial.

A exigência dessa adequação decorre do fato de que cabe controle jurisdicional sobre o recebimento da denúncia, que pode ser cassado por meio de *habeas-corpus* na instância superior.

Com o recebimento da denúncia, mesmo sem fundamentação expressa, não se está a violar a ampla defesa constitucionalmente assegurada, seja porque *há um efetivo e expresso controle sobre o recebimento da denúncia*, que pode ser rejeitada, seja ainda porque *há um potencial controle de segundo grau sobre a justa causa para instauração da ação penal*, que, como vimos, pode ser trancada por meio de *habeas-corpus*.

Por isso é que lembra MIRABETE que, segundo se tem entendido pacificamente, não há necessidade de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia ou queixa, a não ser na hipótese de crime falimentar (*Processo penal*, p. 140, ed. Atlas, 1998). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que até a inexistência de despacho de recebimento da denúncia fica sanada se há determinação do Juiz no sentido de que seja citado o réu — entendimento este sobre o qual cabem reservas[59].

---

59. *V.* verbete anterior, *Denúncia — recebimento implícito*, p. 471.

Para esse entendimento, "o Cód. de Processo Penal não reclama explicitude ao ato de recebimento judicial da peça acusatória. O ordenamento processual penal brasileiro não repele, em conseqüência, a formulação, pela autoridade judiciária, de um juízo implícito de admissibilidade da denúncia" (STF, 1ª T., *HC* n. 68.926-4/MG, rel. min. Celso de Mello, *DJU*, 28-8-92, p. 13.453; no mesmo sentido: STJ, 5ª T., *RHC* n. 1.465-SP, rel. min. Assis Toledo, *DJU*, 26-3-92, p. 3.103; *RJDTACrim*, *6*:176; *JTJSP*, *127*:269)[60].

698. Denúncia — fundamentação no seu recebimento — quando se exige

Como só por exceção a lei exige expressamente seja fundamentado o recebimento da denúncia (como nos crimes falimentares, cf. LF, art. 109, § 2º), a praxe forense tem dispensado a fundamentação no recebimento das denúncias, não obstante a Constituição exija sejam fundamentadas *todas as decisões a cargo do Poder Judiciário* (CF, art. 93, IX).

Parece-nos que, embora de forma sucinta e até mesmo cuidadosa, para não antecipar nem avançar análise de aspectos que só podem e devem ser discutidos quando da cognição total da lide, deve haver um mínimo de fundamentação na admissibilidade de uma acusação penal, como o Supremo Tribunal Federal, vez ou outra, já o tem reconhecido, embora só no tocante aos crimes de quem tenha foro por prerrogativa de função.

Assim, "considerando a falta de fundamentação do acórdão que recebeu a denúncia oferecida contra ex-prefeito, a Turma deferiu *habeas-corpus* para anular decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando que outra seja proferida, com atenção ao disposto no art. 93, IX da Constituição

---

60. Não obstante essas decisões, até mesmo de nossos mais altos tribunais, acreditamos que o recebimento da denúncia, embora atualmente não se exija seja motivado, salvo os casos excepcionais já destacados, ao menos precisa ser expresso (a propósito, *v.* verbete anterior, na p. 113).

Federal (*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*). Ponderou-se, ainda, que na ação penal de competência originária dos tribunais, na deliberação sobre o recebimento da denúncia, o tribunal de origem deve examinar as questões suscitadas no contraditório, ainda com possibilidade de declaração de improcedência da acusação, em decisão fundamentada examinando as alegações produzidas, embora com a discrição imposta por se tratar de juízo de delibação. Precedentes citados: *HC* n. 75.846-BA (*DJU*, 20-2-98); *HC* n. 76.258-SP (*DJU*, 24-4-98)" (*HC* n. 77.789-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 9-3-99, *Informativo STF*, 141).

699. Denúncia — desclassificação do crime

Quando do recebimento da denúncia ou da queixa, não é momento para se proceder a eventual desclassificação da infração imputada. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, "não pode o juiz, na fase processual do recebimento da queixa, desclassificar o crime nela indicado, dando nova definição jurídica ao fato, pois só o autor da ação penal tem poderes para tanto; pode o magistrado, contudo, fazê-lo ao proferir a sentença (CPP, art. 383)" (*HC* n. 76.024-RJ, rel. Min. Maurício Correa, *Informativo STF*, 96 e 141).

700. Denúncia — aproveitamento do ato

Suponhamos seja a denúncia ofertada por Promotor de Justiça que não tenha atribuições para tanto.

Temos entendido ser pressuposto do aproveitamento do ato tenha sido praticado por integrante da instituição à qual caberia em tese sua prática, pois unidade alguma existe entre Ministérios Públicos diversos. Quando aproveitável o ato, bastará a ratificação; em caso contrário, correto será refazer o ato; assim, p. ex., tratando-se da promoção da ação penal pública, nova denúncia deverá ser oferecida (nesse sentido, *Regime jurídico do*

Ministério Público e *Introdução ao Ministério Público*, ed. Saraiva, 1997 e 1998, respectivamente, ambos no Cap. 5, n. 8).

A jurisprudência tem sido mais condescendente, admitindo o aproveitamento da denúncia, mesmo oferecida por Ministérios Públicos diversos, desde que devidamente ratificada (*HC* n. 70.541-SP – rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, 18-3-94, p. 5.151, j. 9-11-93, 1ª T. STF, v.u.).

Outras vezes, entretanto, a mesma Corte tem sido mais rigorosa, não admitindo a convalidação da denúncia: "I. Competência: incompetência da Justiça Federal, declarada em apelação: conseqüente nulidade *ex radice* do processo, desde a denúncia, inclusive. Declarada em apelação a incompetência da Justiça Federal, por ser o caso da esfera da Justiça estadual, não se circunscreve a nulidade à sentença: cuidando-se da chamada competência de atribuições, de matriz constitucional, sua falta acarreta a nulidade *ex radice* do processo, seja por carência absoluta de jurisdição do órgão judiciário que presidiu aos atos instrutórios, seja pela decorrente ilegitimidade *ad causam* do Ministério Publico estadual. A decisão do TFR, que se limitara a declarar anulada a sentença do Juiz Federal, não vinculou a Justiça estadual, à qual se devolveu integralmente a competência para decidir o caso, inclusive no tocante à ilegitimidade da Procuradoria da República e conseqüente inaptidão da denúncia, sequer ratificada pelo Ministério Público local. II. Prescrição: não a interromperam o recebimento da denúncia e a sentença condenatória da Justiça Federal, dada a sua incompetência, nem a sentença condenatória da Justiça estadual, porque proferida em processo nulo *ex radice*, desde a denúncia, inclusive" (*HC* n. 68.269-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 9-8-91, p. 10.363, *RTJ*, *137*:237, j. 11-6-91, 1ª T. STF, v.u.; *v*. tb. *RTJ*, *97*:119).

Nesse sentido, comentando o art. 108 do Cód. de Processo Penal, observou DAMÁSIO E. DE JESUS: "De acordo com o Supremo Tribunal Federal, tanto a denúncia quanto o seu recebimento, emanados de autoridades incompetentes *ratione mate-*

riæ, são ratificáveis no juízo competente (*RTJ*, *79*:436). Neste caso, a interrupção da prescrição pelo seu recebimento (CP, art. 117, I) ocorre no segundo ato, *i. e.*, a interrupção se dá no segundo recebimento (STF, *RTJ*, *69*:758). Entendeu-se também que, oferecida denúncia em juízo incompetente, não há necessidade de outra no competente, nem de sua ratificação (*RT*, *500*:319). No mesmo caso, decidiu-se que outro representante do Ministério Público, no juízo competente, pode apenas ratificar a denúncia, que passa a ser sua (*RT*, *473*:279)"[61].

701. Denúncia — inépcia depois do trânsito em julgado — *v.* tb.

Art. 43 do CPP, p. 115.

Como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, "transitada em julgado a sentença condenatória, não pode ser alegada a inépcia da denúncia, por se tratar de matéria preclusa" (*HC* n. 70.921-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 6-9-94, 1ª T. do STF, v.u., *DJU*, 19-5-95, p. 13.993). Assim, é "extemporânea a alegação de inépcia da denúncia, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, se não houve qualquer suscitação anterior" (*HC* n. 73.766-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28-6-96 1ª T., v.u. *DJU* de 6-9-96, p. 31.854).

Denúncia – interrupção da prescrição

702. Denúncia — interrupção da prescrição — *v.* tb.

Denúncia – diversos, p. 471.

Contravenção penal – prescrição, 430.

Prescrição, p. 699.

Ao tempo em que nosso Direito admitia o absurdo procedimento penal de ofício nas contravenções penais e na Lei n.

61. *Código de Processo Penal anotado*, art. 108, ed. Saraiva, 1991.

4.611/65[62], entendia-se que a instauração desse procedimento não tinha efeito de interromper a prescrição, ao contrário do que ocorreria no caso dos crimes que fossem apurados por meio de propositura e recebimento de denúncia ou de queixa (CP, art. 117, I). Mas, se a denúncia não fosse substitutiva da portaria do rito sumário e a autoria dos fatos tivesse ficado ignorada por mais de quinze dias, já se entendia que o recebimento dessa peça interrompia a prescrição (*RTJ*, *84*:696; *RT*, *561*:364-5, *533*:369, *518*:388, *504*:382, *v.g.*).

Com a derrogação do procedimento penal de ofício, em vista do disposto no art. 129, I, da Constituição (e, conseqüentemente, com a perda de vigência da Lei n. 4.611/65 e dos arts. 531 e s. do CPP), hoje o recebimento da denúncia *sempre* interrompe a prescrição de quaisquer infrações penais, até mesmo de meras contravenções penais.

Denúncia – rejeição

703. Denúncia — rejeição — *v.*

Art. 41 do CPP, p. 104 e s.

Art. 43 do CPP, p. 115.

Assistente do Ministério Público, p. 393.

Denúncia – diversos, p. 471.

Lei de Imprensa, p. 560.

704. Denúncia — rejeição — hipóteses — falta de justa causa — art. 43 do CPP

É certo que, para que se possa dar — e também para que se possa receber a denúncia ou a queixa, devem estas preencher todos os requisitos normais de admissibilidade. Além das condições da ação e dos pressupostos processuais, além do preenchi-

62. *V.* nosso artigo A extinção da ação penal *ex officio*, *RT*, *564*:429.

mento dos requisitos de forma e de fundo, devem a denúncia ou a queixa não apenas imputar uma infração penal ao réu, mas ainda devem estar apoiadas em elementos de convicção que confortem a justa causa da acusação. Esses elementos de convicção normalmente são colhidos no inquérito policial, mas nada impede que a peça acusatória inicial seja calcada em outros documentos, perícias ou peças de informação que atestem a materialidade da infração e forneçam indícios razoáveis de autoria, de forma que igualmente sirvam de base à denúncia ou à queixa.

Naturalmente não se exige que a acusação já esteja provada, pois esse será o escopo da instrução contraditória, nem que as peças de informação ou o inquérito tragam indícios irretorquíveis, pois que, muitas vezes, só ao fim de um regular processo, é que se formará um juízo seguro sobre a imputação.

Assim, "para a instauração da lide penal é suficiente a probabilidade de êxito da demanda, competindo ao Estado-Administração demonstrar a responsabilidade penal do acusado. Tolher-se essa possibilidade, seria impedir indevidamente ao Poder Público o exercício de seu direito-dever, somente possível quando for manifesta a ilegalidade da situação" (*RJDTACrim*, *4*:157, rel. Geraldo Lucena).

Não se pode antecipar o julgamento de mérito — feito sob conhecimento integral da lide e das provas — e proferi-lo por ocasião do recebimento ou não da denúncia. Nesse momento, como têm decidido os tribunais, eventual dúvida deverá ser interpretada *pro societate*, ao contrário da dúvida final, quando da sentença, que será decidida *por reo*. É o mesmo que ocorre em todos os despachos prelibatórios, que constituem mero juízo de admissibilidade da acusação, para que se instaure efetivamente o *judicium causæ* (como, igualmente, na decisão de pronúncia — *RT*, *465*:339).

Por isso que os casos de rejeição da denúncia são limitados (art. 43 do CPP). Bem anota MAGALHÃES NORONHA "o inciso I exige que o fato narrado, na forma do art. 41, tenha *tipicidade*, isto é, corresponda ou se subsuma em um tipo da lei pe-

nal. Não é mister, entretanto, que esteja *provado*, pois isso é objeto da instrução" (*Curso de Direito Processo Penal, p. 26, 5ª ed.*). Ou, como ensina MANZINI, a denúncia é meio de promoção da ação e "*promuovere l'azione penale non significa necessariamente investire il giudice con um atto che richieda la punizione dell'imputato, ma semplicemente richiedere dal giudice una decisione positiva, o anche* negativa, *sull'imputazione, cioè sulla pretesa punitiva*" (*Trattato di diritto processuale penale italiano*, 4ª ed., Torino, 1952, v. IV, p. 164).

Além dos casos do art. 43 do Cód. de Processo Penal, a doutrina e a jurisprudência corretamente assentaram que outro existe: há necessidade de que a denúncia ou a queixa tenham correspondência com os elementos de informação nos quais ela deva apoiar-se. Com efeito, se a própria lei admite a concessão de *habeas-corpus* por falta de justa causa para o processo (CPP, art. 648, I), é porque, sem este requisito implícito, a denúncia ou a queixa sequer podem ser ofertadas, ou, muito menos, recebidas.

Se a denúncia ou a queixa, porém, não se baseiam em inquérito policial nem em prova documental de qualquer espécie que confira um mínimo necessário para aquilatar a justa causa necessária ao recebimento da acusação, não podem ser recebidas; ou, se as peças acusatórias iniciais invocam como supedâneo investigações preliminares que, na verdade, substancialmente não endossam a imputação, nem mesmo em tese, faltará justa causa para a acusação.

Por isso, a jurisprudência e a doutrina, de forma pacífica, têm entendido que, aos requisitos formais do art. 41 do CPP, também se soma a existência de *justa causa*, ou seja, não basta que a queixa ou a denúncia descrevam em tese um crime, com todos os seus elementos, e o atribuam ao réu: é preciso que venham fundadas em indícios de autoria e de materialidade que permitam seu processamento, sem o que *não há justa causa* para seu recebimento, exigência implícita do art. 43 do Cód. de Processo Penal. Nessa forma, rejeita-se a denúncia ou a queixa

desacompanhadas ou divorciadas de qualquer prova testemunhal ou documental (*RT*, *665*:310, *589*:433, *510*:359, *499*:369, *458*:302; *JTACrim*, *95*:435, *79*:169; no mesmo sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 43, ed. Saraiva, 1992).

Sem um inquérito policial, sem uma prova pericial, sem peças de informação quaisquer que forneçam prova de materialidade e indícios de autoria de uma infração penal, em correspondência com a imputação da denúncia ou da queixa, não se admite a presença de *justa causa* para abrir um processo criminal contra alguém, quando são tantas e graves as conseqüências negativas que traz consigo.

705. Denúncia — rejeição — depois de recebida, a denúncia pode ser rejeitada pelo mesmo Juiz?

Depois de recebida a denúncia, a autoridade judiciária que a recebeu, convencendo-se posteriormente de que lhe falte justa causa, poderia reconsiderar sua decisão e rejeitar a peça inicial acusatória, ou mesmo excluir um réu do processo antes da sentença final?

A nosso ver, tal solução é inadmissível: se o fizesse, o Juiz estaria concedendo *habeas-corpus* contra si mesmo, pois ele próprio seria a autoridade coatora. Nesse sentido, é a lição de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código de Processo penal anotado*, art. 43, ed. Saraiva, 1991) e de JÚLIO MIRABETE (*Código de Processo Penal interpretado*, art. 43, ed. Atlas, 1998), com apoio na jurisprudência (*RT*, *713*:376, *639*:281, *605*:318, *551*:372, *453*:362; *RTJ*, *69*:367; *RSTJ*, *43*:590; *RJDTACrim*, *24*:137, *21*:308). No entanto, em casos teratológicos, vez ou outra as Cortes admitem esse procedimento nada recomendável: "O Promotor Público, funcionando como fiscal da lei, estava legitimado para pedir o arquivamento da queixa, e o Juiz, não obstante já houvesse recebido a queixa, podia excluir o ora paciente da relação processual penal em virtude da imunidade em causa, porquanto, tendo o ato de delibação prévia caráter provisório e não havendo preclusão

no tocante a condições de admissibilidade da ação penal, nada impedia essa exclusão, até porque o seu reconhecimento não demandava dilação probatória. *Habeas-corpus* deferido para trancar a ação penal privada ajuizada contra o ora paciente" (*HC* n. 75.621-STF, rel. Min. Moreira Alves, *Informativo STF*, 104).

Quando o Juiz se convença, depois do recebimento da denúncia, de que não há justa causa para a acusação, ou que lhe falte um pressuposto de admissibilidade, mais correto será reconhecê-lo na sentença final, já que as decisões sobre os pressupostos processuais e as condições da ação não geram a chamada preclusão *pro judicato*.

Caso o Juiz rejeite no todo ou em parte uma denúncia ou uma queixa já recebidas, o recurso cabível será o em sentido estrito (*RT*, *605*:318, *453*:362).

Depoimento

706. Depoimento — *v.*

Sigilo – informações sigilosas, p. 761.

707. Depoimento — recusa do Advogado — sigilo profissional — *v.* tb.

Advogado, p. 42.

Não raro o sigilo profissional é invocado por profissionais liberais — como o médico ou o advogado — que se recusam a ser ouvidos como testemunhas em inquérito policial ou processo criminal.

A lei impõe diversas hipóteses de sigilo profissional, e a quebra injustificável desse sigilo, além de crime, também constitui infração disciplinar (*v.g.* art. 154 do Cód. Penal; art. 34, VII, da Lei n. 8.906/94 — EOAB).

Daí se conclui que a recusa em depor será legítima: *a)* em matéria que diga respeito ao sigilo profissional; *b)* desde que não haja justa causa para a revelação do segredo.

"É lição de MANZINI que a dispensa é fundada, não na qualidade social do profissional, e sim no fato de ter recebido, no exercício da profissão, uma confidência determinada pela confiança, necessária ou quase necessária, ou de ter, de outra forma, mas em razão do exercício profissional, obtido o conhecimento de determinados fatos; donde, não alcançar a dispensa aquilo que o profissional pode vir a saber independentemente de assistência profissional verdadeira e própria" (ESPÍNOLA, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, art. 207, nota 448, p. 113).

O que se proíbe, enfim, é que o advogado ou o médico deponham em juízo, ou sejam obrigado a fazê-lo, sobre fato que saibam como confitentes necessários, sobre os quais sejam obrigados a calar-se, por segredo profissional.

Entretanto, como o sigilo profissional não foi estabelecido por lei em benefício do próprio médico ou do advogado, mas em benefício de seus pacientes ou clientes, é forçoso concluir que não cabe a dispensa do depoimento em caso de crime praticado pelo profissional contra seu paciente ou cliente, ou quando a inquirição do detentor da informação (o profissional) se faz para esclarecer fatos no interesse do próprio beneficiário do direito do sigilo (o paciente ou cliente); igualmente não a cabe, quando a inquirição não envolva matéria a que se esteja preso pelo sigilo profissional.

Desacato

708. Desacato — *v.*

Art. 331 do CP, p. 327.

Crimes contra a honra, p. 454.

Desobediência

709. Desobediência — *v.*

Art. 330 do CP, p. 322.

Dia-multa

710. Dia-multa — fixação — *v.*

Multa, p. 656.

Pena, p. 679.

Pena – fixação, p. 685.

Direito de resposta

711. Direito de resposta — *v.*

Lei n. 5.250/67 (direito de resposta), p. 564.

Direitos políticos e *sursis*

712. Direitos políticos e *sursis* — não se suspendem direitos políticos se a condenação foi objeto de *sursis* — *v.* tb.

Sursis, p. 766.

A Constituição Federal impõe que se suspendam os direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III). A regra não é novidade, diante do que já vinham dispondo as Constituições anteriores, que apenas não aludiam à necessidade do *trânsito em julgado* da condenação.

Anteriormente à Reforma Penal de 1984, o art. 69, V, do Cód. Penal incluía a suspensão dos direitos políticos entre as *penas acessórias* impostas ao condenado *a pena privativa de liberdade, enquanto durasse a execução da pena*.

Na época, a doutrina e a jurisprudência discutiam sobre o alcance dessa interdição de direito: para alguns, só a *efetiva privação de liberdade*, decorrente de cumprimento de pena por crime ou contravenção, ou decorrente de medida de segurança, impediria o exercício dos direitos políticos, pela manifesta incompatibilidade; não, porém, a condenação a pena privativa de

liberdade, se suspensa sua execução (nesse sentido, cf. BASILEU GARCIA, *Instituições de direito penal*, v. I, tomo II, n. 137, p. 457 e s., ed. Max Limonad, 1968). Outros, porém, sustentavam que o *sursis* não obstava à suspensão dos direitos políticos (MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, v. I, n. 156, p. 235, ed. 1972). Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que o *sursis* não impunha suspensão dos direitos políticos (*RTJ*, *82*:647), até porque inexistia lei complementar ao art. 149, § 3º, da Carta de 1969 (*RTJ*, *61*:581).

Com as Reformas de 1984 e 1998, aboliram-se as *penas acessórias*, transformadas ora em meros efeitos da condenação (CP, art. 92, I), ora em penas restritivas de direitos, estas últimas autônomas e não raro substitutivas das penas privativas de liberdade (arts. 43 e s. do Cód. Penal). Mas a Reforma não aludiu expressamente à suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal. MIRABETE sustentou, assim, que a suspensão dos direitos políticos, em decorrência de condenação judicial, passara a depender de regulamentação por lei ordinária, não mais complementar (*Manual de direito penal*, I/240, n. 7.1.5, ed. Atlas, 1991).

A nosso ver, mantém atualidade, portanto, a interpretação de BASILEU GARCIA, que combate a mera literalidade do texto constitucional e busca a *mens legis*: a evidente incompatibilidade do exercício de direitos políticos pelo preso é que leva à sua suspensão. Com o *sursis*, que significa a suspensão do cumprimento da pena, deixa de existir o pressuposto lógico para a suspensão dos direitos políticos, até porque não teria fim social ou penal algum que o condenado a pena corporal ficasse privado de seus direitos políticos se a própria execução das penas corporais tivesse sido suspensa.

Ademais, segundo pondera MIRABETE, não é mesmo caso de suspender direitos políticos do réu beneficiado com o *sursis*, em face da inexistência de lei que, regulamentando o art. 15, III, da Constituição, autorize expressamente impor esse efeito da condenação em caso de suspensão condicional da pena.

Dolo

713. Dolo — *v.*

Art. 32 da LCP (infração de perigo abstrato), p. 90.

Culpa, p. 461.

Finalismo, p. 511.

Ilicitude, p. 528.

714. Dolo — os tipos de dolo

Como observou com razão HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, perderam hoje maior relevância as classificações de dolo, como *determinado*, *indeterminado*, *alternativo*, *de ímpeto*, *genérico* ou *específico* (*Lições de direito penal — parte geral*; Forense, 1985, p. 177, n. 147). Nas palavras de DAMÁSIO E. DE JESUS, "o dolo é um só: vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, variando de acordo com a natureza do fato" — daí porque distinguir-se o dolo apenas em *direto* e *eventual* (*Direito penal*, vol. I, 21ª ed., Saraiva, 1998, p. 287; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Valência, 1996, p. 286, n. 4).

Dores

715. Dores — art. 129 do CP — *v.* tb.

Art. 129 do CP, p. 166.

Para que o agente seja condenado pela prática do crime de lesões corporais (CP, art. 129), é indispensável a prova da materialidade das lesões corporais. Daí, a importância da prova pericial nesse tipo de infração.

Não raro, porém, o laudo pericial não consegue descrever lesão concreta alguma na vítima, e, às vezes, afirma que a pessoa examinada teria sofrido lesões corporais, já que ainda apresenta queixa de dores...

Ora, *dor* em si não é lesão: mister é que os laudos descrevam ferimentos incisos, contusos ou punctórios, ou, pelo menos, descreva edemas, hematomas ou escoriações que tenham causado efetiva ofensa à integridade corporal ou a saúde de alguém. Mas a referência a meras dores, sem constatação de dano anatômico ou funcional que as tenha provocado, não basta para configurar a materialidade da lesão corporal, para os fins penais (*JTACrim*, *82*:419, *67*:261, *67*:340, *67*:394, *65*:382, *40*:89; *RT, 558*:341, *555*:375, *433*:418, *392*:327; no mesmo sentido, cf. DAMÁSIO, DELMANTO e MIRABETE).

Por isso, ainda que normalmente advenha a dor como efeito de uma lesão, cabe invocar a sempre precisa e bem-vinda advertência de ANÍBAL BRUNO, no sentido de que a dor, "como manifestação de uma condição patológica, pode, segundo a sua sede, impedir a movimentação de determinada parte do corpo e obstar, assim, a postura normal, a locomoção ou o exercício do trabalho. A dor para ser tomada como lesão corporal oferece realmente a desvantagem do seu caráter subjetivo que, quando ela não vem acompanhada de sinais objetivamente constatáveis, permite a simulação" (*Direito penal*, parte especial, IV, p. 185, ed. Forense, 1972).

Dúvida

716. Dúvida — absolvição — *v.*

Absolvição (dúvida), p. 35.

Art. 156 do CPP, p. 201.

Art. 386 do CPP, p. 349.

Dúvida sobre a identidade do réu

717. Dúvida sobre a identidade física do réu — *v.* tb.

Identificação criminal, p. 527.

Segundo o art. 259 do Cód. de Processo Penal, a impossibilidade de identificação ao acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, *quando certa a identidade física.* Assim, por exemplo, se se prende uma pessoa em flagrante, enquanto matava ou tentava matar outra, ainda que não se consiga determinar o nome do preso ou seus dados de qualificação, não se inviabilizará o processo penal contra ele, porque *certa sua identidade física*: o réu será aquela pessoa que foi presa em flagrante e identificada datiloscopicamente pela autoridade policial. Essa pessoa certa será denunciada, citada, interrogada, incriminada pela prova e condenada; mesmo que seu verdadeiro nome não seja conhecido do Juízo, o processo movido contra ela será válido, e restará apenas corrigir os seus dados de identificação, se, a qualquer tempo, vier a ser conhecido seu verdadeiro nome ou seus demais dados pessoais.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "falta do nome do acusado na denúncia. Admissibilidade da identificação por qualquer outro meio. Precedente. Ordem denegada" (*HC* n. 75.516-0, 2ª T., *DJU*, 6-3-98, *Informativo STF*, n. 101).

Se, porém, no caso concreto não houve prisão em flagrante do agente, ou já não era ele conhecido de vítima ou testemunhas, ou se não houve meio de identificá-lo no inquérito, seja pelo processo datiloscópico, seja, ainda que indiretamente, por meio de informações do instituto de identificação oficial, então não será possível denunciá-lo ou condená-lo.

Equivoca-se, portanto, o Promotor de Justiça que, à vista de meras declarações de um co-réu, processa um suposto cúmplice apenas mencionado como "José de tal", sem qualificação ou qualquer dado que permita distingui-lo entre milhares de pessoas com o mesmo prenome. Só com um apelido ou um prenome, mas sem contar com dados concretos que permitam firmar sua identidade física, não há como admitir a denúncia contra pessoa incerta.

Em casos tais, poderia o Promotor denunciar eventuais co-réus, cuja identidade física já estivesse determinada, e mandar fazer novas diligências policiais à parte para tentar identificar o cúmplice não identificado, e só depois, se fosse o caso, processá-lo em separado; o que não poderá é denunciar um suposto "José de tal", que não se saiba exatamente quem seja.

Desta forma, seja por falhas da acusação, seja por obras e artes do delinqüente, seja em decorrência do próprio mau funcionamento dos serviços forenses ou dos órgãos de identificação do Estado, pode ocorrer que aquele que venha a ser citado seja pessoa diversa daquele a quem se pretende processar. Na hipótese, como bem ensinou ESPÍNOLA, entende-se "não poder ter validade um processo, em que o réu não é o verdadeiro acusado" (*Código de Processo Penal brasileiro*, n. 544).

Nem mesmo é preciso que se apure que a pessoa citada não é aquele a quem se imputa o crime; basta que haja fundada dúvida a respeito para inviabilizar-se a ação penal. Com efeito, se no curso do processo surge dúvida não sobre a inocência do acusado (que levará à absolvição), mas sim sobre se a pessoa citada é a pessoa a quem se procura imputar a prática do crime, então não será caso de absolvição, mas sim de nulificação do processo, pois "é indispensável a comprovação da existência física do acusado, como pressuposto para a formação da lide. O art. 259 do Cód. de Processo Penal, ao permitir que a identificação do acusado seja postergada para fase mais adiantada do processo, não dispensa desde o início da formação processual a certeza quanto à identidade física do mesmo" (*RJDTACrim*, *3*:218); assim, faltaria justa causa à ação penal, por ilegitimidade de parte no pólo passivo, em decorrência da incerteza sobre a identidade física do verdadeiro inculpado (*RJDTACrim*, *13*:177).

Em suma, diante da falta de pressuposto processual — a determinação da identidade física do réu — não cabe absolvição, que supõe relação processual validamente constituída, mas sim nulificação do processo, com sua extinção.

718. Dúvida sobre a identidade física do réu — quando não há dúvida e sim certeza sobre a identidade física

Como acentuou ESPÍNOLA, "não impede a instauração da ação penal o fato de ser desconhecida a identificação completa do acusado, desde que se possam mencionar os traços característicos, pelos quais se lhe faculte a individualização futura, permitindo distingui-lo dos outros homens" (*Código de Processo Penal brasileiro*, n. 543). No mesmo sentido, ensinou MANZINI: "desde que não haja dúvida sobre a sua identidade física (*constat de corpore*), o acusado pode ser submetido a juízo e julgado como inominado (*innominato*), com o número de matrícula, que lhe tenha sido dado, se preso, ou com o nome imaginário que tenha adotado. Desde que, porém, venha a ser conhecida a sua identidade completa, no curso do processo, o juiz a levará em conta em todos os atos sucessivos, sem se impor qualquer formalidade especial (salvo as retificações ocorrentes), permanecendo válidos os atos precedentes" (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice*, II, p. 279-281, ed. 1931).

Edital de citação

719. Edital de citação — *v.*

Citação por edital – pressupostos, p. 404.

720. Edital de citação — resumo da acusação

Será nulo o edital de citação que não contenha, sequer em resumo, a descrição da causa de pedir.

Os requisitos para o chamamento por edital devem ser rigorosamente observados, sob pena de nulidade da citação ficta. Ora, conhecendo-se as restrições fáticas que recaem sobre a citação ficta, que raramente chega de efetivo ao conhecimento do ausente, não se pode admitir como convalidada essa forma de

chamamento a juízo, senão quando rigorosamente cumpridos os requisitos da citação por edital.

Assim, se no edital de citação faltar a descrição dos fatos, isto é, da causa de pedir, é inadmissível entender como válida a citação empreendida.

Não se discute que os editais possam e até devam ser resumidos (*RT*, *541*:281-STF); contudo, em que pese o teor da Súm. n. 366 – STF, o devido processo penal moderno não se compadece com a situação em que, no edital de citação, em vez de uma razoável síntese, tenhamos total ausência de indicação dos fatos que consubstanciariam a causa de pedir.

Nem se alegue que no art. 365 do Cód. de Processo Penal, assim como no art. 232 do Cód. de Processo Civil, não se exige, como requisito da citação por edital, contenha ela sequer o *resumo* da causa de pedir. Tal argumento é incabível, porque esses dispositivos legais dão os requisitos de *como fazer* a citação por edital (prazos, intervalo de publicação, afixação etc.). Mas os requisitos de *conteúdo*, evidentemente, são os mesmos do mandado de citação, a que essa forma de citação ficta visa substituir. O certo é que no mandado de citação só se dispense a transcrição ou o resumo da causa de pedir, se for entregue ao réu cópia da denúncia ou da queixa.

Assim, embora o art. 352 do Cód. de Processo Penal, com apoio da Súm. n. 366 – STF, não exija transcrição nem resumo da denúncia no edital de citação, recentemente revendo sua posição, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal corretamente decidiu: “Processo Penal. Citação. Nulidade. Súm. n. 366. — É nula a citação por edital que não resume os fatos imputados ao paciente, nem indica o dispositivo da legislação penal em que é dado como incurso. Ordem concedida” (*RTJ*, *109*:960, rel. Min. Francisco Rezek).

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça paulista: “Não basta satisfazer aos requisitos para que tenha lugar a citação por edital; é preciso também satisfazer aos requisitos intrín-

secos do próprio edital. Se seria nula uma citação por mandado sem a indicação da causa de pedir, de igual invalidade padece a citação editalícia assim mal feita" (Ap. n. 65.902-1-SP, j. 1º-4-86; rel. Des. Rangel Dinamarco; no mesmo sentido, *v. Justitia*, *170*:118-120).

721. Edital de citação — réu preso — quando é válida a citação — *v.* tb.

Prisão albergue, p. 706.

Já entendeu o Supremo Tribunal Federal que não se aplica sua Súm. n. 351 (que considera inválida a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação), se o réu se achava sob o sistema de prisão-albergue (*HC* n. 70.239-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29-6-93, 1ª T, STF, m.v., *DJU*, 27-8-93, p. 17.021).

Efeito devolutivo

722. Efeito devolutivo — *v.*

Art. 599 do CPP, p. 377.

Recursos, p. 722.

723. Efeito devolutivo — assistência judiciária

Embora em certos apelos o advogado dativo possa limitar-se a aspectos adjacentes da condenação (quantidade de pena, regime de seu cumprimento, *sursis*), sem discutir o próprio mérito da procedência (se a prova embasa a condenação), a nosso ver não deve o Promotor de Justiça, nas contra-razões, nem o Procurador de Justiça, em seu parecer, nem o Tribunal, no acórdão, poupar-se de examiná-lo, em vista do amplo efeito devolutivo que se presume no tocante aos apelos interpostos pela assistência judiciária gratuita.

724. Efeito devolutivo — apelo — depois de interposto o apelo, o promotor não pode restringir seu efeito devolutivo — *v.*

Art. 599 do CPP, p. 377.

Recursos (do Ministério Público), p. 725.

725. Efeito devolutivo — recurso do Ministério Público — agravação da pena e conseqüências — *v.* tb.

Art. 599 do CPP, p. 377.

Recursos (do Ministério Público), p. 725.

"Tendo sido interposta apelação pelo Ministério Público com vistas ao aumento da pena imposta, pode o Tribunal, ao aumentá-la, impor outro regime inicial para o cumprimento dessa pena, ainda que não requerido pelo apelante e desde que devidamente fundamentada a imposição, porquanto a fixação desse regime é conseqüência lógica e obrigatória da aplicação da pena" (*HC* n. 76.590-3, rel. Min. Moreira Alves, *Informativo STF*, 117).

Eixo médio – trânsito

726. Eixo médio — a chamada *teoria do eixo médio* nos acidentes de trânsito — *v.*

Trânsito – teoria do eixo médio, p . 797.

Embargos de declaração

727. Embargos de declaração — limites

Segundo os arts. 382 e 619-620 do Cód. de Processo Penal, qualquer das partes poderá, no prazo de dois dias, pedir ao órgão jurisdicional que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão.

São estes os embargos declaratórios, que não visam a infringir o julgado mas sim a aclarar-lhe pontos que seriam de aplicação difícil ou às vezes até impossível, em vista de imperfeições ou erros cuja correção não suponha outro grau de jurisdição. Normalmente, eles não se prestam à modificação do julgado, pois só têm caráter declaratório e não infringente; entretanto, por exceção, em alguns casos, seu acolhimento necessariamente importará a modificação do julgado.

Com efeito, em casos menos freqüentes, os embargos, mesmo aqueles meramente declaratórios, podem levar à alteração do *decisum*. Suponhamos que o Juiz ou o Tribunal omitam-se na apreciação de uma preliminar de prescrição ou de nulidade e condenem o réu. Teria havido nítida omissão no julgado, passível de correção por embargos declaratórios. Se o órgão julgador recebe os embargos interpostos pelo réu, mas os rejeita no mérito, não haverá maior alteração do *decisum*; mas, se os acolhe no mérito, a condenação será toda ela elidida, mesmo em sede de meros embargos declaratórios (nesse sentido, *RT*, *649*:284; *RTJ*, *119*:439; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 620, ed. Saraiva, 1991).

O Superior Tribunal de Justiça, apreciando questão semelhante, decidiu que, "embora os embargos de declaração tenham por escopo expungir do julgamento obscuridades ou contradições, ou suprir omissão sobre tema de pronunciamento obrigatório pelo Tribunal, segundo o comando expresso no art. 535 do Cód. de Processo Civil, a tal recurso é possível conferir-se efeito modificativo ou infringente, desde que a alteração do julgamento decorra da correção daqueles citados defeitos" (EDREsp n. 94.109-RN, j. 5-11-96, 6ª T., v.u., rel. Min. Vicente Leal, *DJU*, 9-12-96, p. 49.303; EDResp n. 94.374-RN, j. 5-11-96, *DJU*, 9-12-96, p. 49.304).

Em suma, não é nem pode ser objeto dos embargos declaratórios a infringência do julgado, mas simplesmente a elucidação ou a correção de um ponto de fato ou de direito da prestação jurisdicional. Apenas ocorre que, em casos excepcionais,

essa correção poderá importar necessariamente a alteração do próprio *decisum*.

Além disso, meros erros materiais da sentença podem ser corrigidos a qualquer tempo: é o que ocorreria, por exemplo, para a inclusão no dispositivo do nome de um réu, só mencionado no relatório, ou para acertar a grafia do nome de um apelante, ou para eliminar um erro digitação no *quantum* da pena. Com efeito, "não é demais lembrar que o caso é de erro material e, assim sendo, não há como declará-lo sem que se altere substancialmente o julgado, bem como, por se tratar de, e, repita-se, erro material, não transita em julgado" (*RT*, *604*:356, EDecl. n. 642.465-0, de Ribeirão Pires, voto vencedor do Juiz Rubens Gonçalves).

Embriaguez

728. Embriaguez — *v.*

Art. 34 da LCP (contravenção penal), p. 97.

Art. 331 do CP (desacato), p. 329.

Lei n. 9.503/97, p. 631.

729. Embriaguez — a embriaguez ao volante — *v.*

Lei n. 9.503/97 – CTB, p. 631.

730. Embriaguez — vias de fato — *v.*

Art. 21 da LCP, p. 72.

731. Embriaguez — ultraje público ao pudor — *v.*

Art. 233 do CP, p. 281.

732. Embriaguez — quantidade de álcool

Em instrutivo artigo sobre os efeitos da ingestão do álcool na criminalidade de trânsito, observou NEUTON DEZOT-

TI que, “em estudos sobre os efeitos psíquicos do álcool no organismo, BILLIAN (1974) deparou com alterações significativas nas concentrações de álcool no sangue nos seguintes teores: 0,2 g, redução da acuidade visual e capacidade de avaliação de distância dos carros que venham em sentido contrário, à noite; 0,3 g, redução da capacidade avaliativa de distância do veículo dianteiro quintuplicando o perigo de acidente; 0,5 g, os objetos visados parecem mais distantes que na realidade, há dificuldade no reconhecimento do sinal vermelho, a capacidade de reação e atenção apresentam-se sensivelmente reduzidas; 1,0 g, a reação claro-escuro é consideravelmente influenciada, o campo visual diminui e a avaliação de distância à dianteira reduz-se para 50%, o mesmo acontece com o tempo de reação. Na concentração de 1,3 g por litro de sangue, a incapacidade para dirigir veículo motorizado é absoluta” (*Criminalidade no trânsito — os efeitos neuropsíquicos do álcool no organismo*, *RT*, *695*:432).

Por sua vez, observaram, com razão, ALMEIDA JÚNIOR e COSTA JÚNIOR: “*a)* poucos minutos após a ingestão da bebida alcoólica, já é possível achar álcool no sangue; *b)* entre 30 minutos e 2 horas (conforme esteja o indivíduo em jejum ou não, e conforme a bebida seja concentrada ou diluída), a percentagem de álcool atinge o máximo no sangue; *c)* atingido o máximo, o álcool vai sendo oxidado e eliminado (7 a 10 cm^3 por hora, num adulto); *d)* após 24 horas, nenhum álcool se encontrará mais no sangue (salvo se álcool metílico, o que é excepcional)” (*Lições de medicina legal*, 11ª ed., p. 566).

733. Embriaguez — tese de defesa

A eventual embriaguez não beneficia o agente, se não se demonstra provir de caso fortuito ou força maior, nem ter estado ele privado de compreender, no todo ou em parte, o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (CP, art. 28, II, e §§).

Entrevistas

734. Entrevistas — imprensa — possibilidade de o membro do Ministério Público ou o Juiz darem entrevistas ou publicar artigos que versem matérias ligadas à sua atuação forense

Não raro questiona-se sobre a possibilidade que têm os membros do Ministério Público e os Juízes de darem entrevistas sobre processos em andamento ou publicarem artigos sobre matérias ligadas à sua atuação forense.

É indispensável que a entrevista ou o artigo não envolvam aspectos cobertos pelo sigilo legal, até porque existe o direito de cabal explicação, à opinião pública, de atos praticados por representantes da administração[63].

Entorpecentes

735. Entorpecentes — *v.*

Tóxicos, p. 782 e s.

Eritema

736. Eritema — *v.* tb.

Art. 129 do CP, p. 166 e s.

Suponhamos que o laudo pericial aponte apenas um mero *eritema* na pessoa examinada. Configura o eritema lesão à integridade corporal ou à saúde da pessoa, para fins do art. 129 do Cód. Penal?

O *eritema*, como se sabe, é um rubor, uma vermelhidão, que normalmente não configura lesão corporal. Assim, um tapa

---

63. Nesse sentido, *v.* nosso *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, p.108 e s., 3ª ed., Saraiva, 1998.

no rosto pode não gerar mais do que um discreto rubor, sem *qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano*. Assim, esse tapa, não causando lesão corporal, seria tipificado como meras vias de fato (*RJDTACrim*, *6*:97, *7*:125).

Entretanto, em outros casos, o eritema é traumático e se insere no conceito de lesões corporais: é o que ocorre quando produzido por fogo, *v.g.*, causando queimaduras de primeiro grau (cf. ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de medicina legal*, p. 131 e 176, 11ª ed., Cia. Ed. Nacional; HÉLIO GOMES, *Medicina legal*, p. 515, 21ª ed., Freitas Bastos), ou, em certos casos, quando decorra de agente contundente (ALMEIDA JÚNIOR, *op. cit.*). Dependendo do caso, é possível reconhecer a presença de traumatismo causador de lesão corporal.

Uma coisa, pois, é a mera hiperemia, o mero rubor ou vermelhidão, que não causem ofensa à integridade corporal; outra, é a existência de lesão, demonstrada no exame pericial, da qual o eritema seja mera conseqüência.

Erro

737. Erro no recurso — *v.*

Fungibilidade recursal, p. 516.

738. Erro na sentença — *v.*

Embargos de declaração, p. 493.

Sentença, 755.

739. Erro no Direito Penal

O chamado *erro sobre elementos do tipo*, segundo o art. 20 do Cód. Penal, consiste no erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime; tal erro exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei (CP, art. 20, *caput*).

Já as chamadas *descriminantes putativas* levam à isenção de pena em favor de quem, por erro plenamente justificado pelas

circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima; contudo, não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo (CP, art. 20, § 1º).

Já no *erro determinado por terceiro*, este é quem responde pelo crime (CP art. 20, § 2º).

O chamado *erro sobre a pessoa* ocorre quando o agente erra ao cometer o crime contra pessoa diversa da que desejaria atingir; contudo, esse erro não isenta o agente de pena, e, na hipótese, consideram-se as condições ou qualidades da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime, e não aquelas da pessoa contra a qual a ação foi efetivamente praticada (CP, art. 20, § 3º).

Por fim, o chamado *erro sobre a ilicitude do fato* tem o seguinte tratamento penal: ***a)*** o desconhecimento da lei é inescusável; ***b)*** o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena, mas, se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço (CP, art. 21).

Ora, "a reforma penal definiu a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude, não o reconhecendo quando o agente age sem consciência profana do injusto, mas, nas circunstâncias, com o esforço de sua inteligência e vivências hauridas na comunidade, poderia atingir a real consciência da ilicitude do fato praticado ou, ainda, quando age na dúvida, deixando, propositadamente, de informar-se sobre a ilicitude de seu comportamento, para não ter que se abster da conduta proibida (*ignorantia affecta* do direito canônico)" (*JTACrim*, *84*:346, rel. Dante Busana).

Erro de proibição

740. Erro de proibição ou sobre a ilicitude do fato — *v.* tb.

Finalismo, p. 511.

CELSO DELMANTO aponta que, "segundo a teoria finalista (CP, art. 18, I), não basta a prática de um fato típico e antijurídico para impor pena, sendo necessário, ainda, que fique provada a *culpabilidade*, ou seja, a reprovabilidade da conduta. Para que haja essa *culpabilidade*, é necessário: *a) imputabilidade*: capacidade psíquica de entender a ilicitude; *b) possibilidade de conhecer a ilicitude*: condições para perceber a ilicitude; *c) exigibilidade de conduta diversa*: possibilidade de exigir-se que o sujeito, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, tivesse comportamento diferente" (*Código Penal comentado*, art. 21, ed. Freitas Bastos, 1986).

Na mesma obra, CELSO DELMANTO nos dá alguns exemplos de alcance da norma no art. 21: *a)* embora conhecendo formalmente a lei, o agente erra na interpretação (erro de direito); *b)* o agente supõe estar acobertado por uma causa de exclusão de ilicitude que não existe no caso; *c)* o agente erra não sobre a situação do fato (o que seria erro de tipo, cf. art. 20, § 1º, do CP), e sim quanto aos limites da lei para uma causa excludente de ilicitude (descriminante putativa).

Assim, como observa DAMÁSIO E. DE JESUS, nos termos do art. 21 do Cód. Penal, "enquanto a simples alegação de ignorância da lei não escusa, a ausência de possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato, *i. e.*, a impossibilidade de o sujeito conhecer a regra de proibição, exclui a culpabilidade" (*Código Penal anotado*, art. 21, ed. Saraiva, 1991, p. 62).

Havendo erro de proibição, o agente supõe lícito o fato por ele cometido.

Erro na execução

741. Erro na execução ou *aberratio ictus* — em que consiste

A *aberratio ictus* consiste no chamado *erro na execução* (desvio do golpe ou aberração no ataque), por meio do qual o agente, por inabilidade ou acidente, atinge não a vítima deseja-

da, mas outra, como, por exemplo, quem se encontrava próximo da vítima (CP, arts. 73 e 20, § 3º).

Escalada

742. Escalada — *v.*

Art. 155, § 4º, II, do CP, p. 198.

Escuta telefônica

743. Escuta telefônica — valor da prova — *v.* tb.

Prova ilícita, p. 720.

Segundo a orientação dominante na jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal, "a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes" (*RT*, *693*:31; *692*:370; *Justitia*, *157*:85). Contudo, é ilegítima a interferência de terceiro no diálogo, interceptando a gravação por meio criminoso e divulgando a fita sem o consentimento dos interlocutores. Daí porque não pode ser acolhida essa prova, obtida por meio ilícito, porque está em direto conflito com princípio constitucional (CF, art. 5º, XII e LVI).

Esprit de wagon

744. *Esprit de wagon* — *v.* tb.

Prova, p. 717.

Simpatia, 763.

Trânsito, p. 797.

Como já se tem destacado, "nos casos de acidente de trânsito, os ocupantes do veículo, como testemunhas, apresentam a tendência natural a dar razão ao condutor do automóvel onde se encontram, por força daquilo que a psicologia chama de *esprit de wagon*" (TACrim, 5ª Câm., Ap. 310.485, v.u., rel. Adauto

Suannes, j. 6-12-83, *in A prova testemunhal no processo penal brasileiro*, JOSÉ CARLOS GONÇALVES XAVIER DE AQUINO, p. 113, ed. Saraiva, 1987).

Esse tipo de comportamento das testemunhas representa uma espécie de *affectio societatis*, mera variação do conhecido *esprit de corps* que pode ocorrer, não raro, até mesmo instintivamente, como, com razão, anota ALTAVILLA, ao apontar a tendência de testemunho favorável por parte daquele que se sinta solidário com o autor do fato investigado (*Psicologia judiciária*, t. II, IV vol., cap. 3, n. 44, p. 83, ed. 1959).

Estrangeiro – *sursis*

745. Estrangeiro — concessão de *sursis* — *v.* tb.

Sursis, p. 766.

Tratando-se de réu estrangeiro, em situação irregular no País, a nosso ver deve ser-lhe negado o *sursis*.

Não se desconhece a discussão jurisprudencial sobre a possibilidade de conceder-se suspensão condicional da pena a estrangeiros que aqui estejam em caráter temporário; mas essa situação é diversa da do réu estrangeiro que esteja em situação irregular no País. Conceder a este último a suspensão condicional da pena seria falsamente supor pudesse o beneficiado prestar os serviços à comunidade ou submeter-se às limitações de fim de semana que pressupõem permanência legal no País, e seria falsamente supor pudessem as condições de cumprimento ser aqui fiscalizadas (CP, art. 78, § 1º). Por isso, não cabe *sursis* ao estrangeiro que irregularmente se encontre no País (TACrimSP, *HC* n. 157.634, *JTACrimSP*, *91*:111). Nem colhe argumentar ser inconstitucional fazer distinção entre estrangeiros e nacionais na concessão do *sursis*; não se trata disso, pois que, nos casos em que o estrangeiro esteja em situação legal no País, o *sursis* poderá ser-lhe normalmente concedido (*RT*, *605*:386 e *RTJ*, *117*:1032).

Estupro

746. Estupro — ação penal pública ou ação penal privada — *v.* tb.

Ação privada, p. 40.

O crime complexo é um tipo penal composto de dois outros tipos penais (por exemplo: o roubo é um furto mais uma ameaça ou uma lesão corporal).

Segundo o art. 101 do Cód. Penal, a ação penal no crime complexo será pública se, em relação de qualquer dos crimes que integrem a ação complexa, for pública a iniciativa para a ação penal. Assim, será pública a ação penal no crime complexo, integrado por um crime de ação pública e de ação privada.

Tomemos agora o estupro. Sem violência real, é crime de ação privada, mas se praticado com violência real de que resultem lesões corporais, é crime complexo.

Ora, até antes de 1995, o estupro com violência real de que resultassem lesões corporais, era delito de ação pública, porque, quanto a estas lesões, procedia-se por ação pública, independentemente de representação da vítima.

Ocorre, porém, que com as alterações penais trazidas pela Lei n. 9.099/94 (art. 88), o crime de lesões corporais leves passou a ser de ação privada, dependente de representação; e, como o estupro *sem violência real* também não é crime de ação pública, temos que o delito complexo (estupro com lesões corporais leves) passou a ser crime inteiramente de ação privada, tendo ficado derrogada a Súm. n. 608 – STF (nesse sentido, cf. ELIANA FALEIROS VENDRAMINI, *Da necessidade da reformulação da Súm. 608 do STF em face da Lei n. 9.099/95*, *Boletim IBCCrim*, *53*:11).

Exceção da verdade

747. Exceção da verdade — cabimento — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

No crime de calúnia, admite-se a prova da verdade salvo: *a)* se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; *b)* se o ofendido é o presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; *c)* se o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível (CP, art. 138, § 3º; Lei n. 5.250/67, art. 20, § 2º).

Na difamação, só cabe exceção da verdade se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (CP, art. 139, parágrafo único; Lei n. 5.250/67, art. 21, § 1º, *a*), ou, nos crimes de imprensa, se o crime é cometido contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública, ou se o ofendido permite a prova (Lei n. 5.250/67, art. 21, § 1º, *a* e *b*).

Nos crimes de injúria, não cabe exceção da verdade, exceto se a ofensa vem sob aparente forma de injúria, mas substancialmente configura uma verdadeira difamação ou calúnia.

748. Exceção da verdade — crimes contra a honra — ofensas sob forma de injúria, mas que no fundo configuram difamação ou calúnia — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Quanto à injúria, não cabe exceção da verdade, pois que esta exceção se destina à prova de *fatos*, e na injúria, não há imputação de *fatos* ao ofendido, como ocorre na calúnia e na difamação (CP, arts. 138-140).

Suponhamos, porém, que o querelado atribua ao querelante a prática de fato calunioso ou difamatório, e o querelante, para furtar-se ao risco da exceção da verdade, propõe a queixa por suposta infração ao art. 140 do Cód. Penal (injúria). Nesse caso, o querelado terá direito a apresentar a exceção da verdade, apesar da capitulação dada pelo autor na inicial acusatória.

Tivemos sob exame um caso, há alguns anos, em que, descontente com o andamento dado a uma causa cível, um Advogado protocolara uma petição, na qual atribuíra ao Juiz do feito estar a agir com *negligência*, *dolo* e *parcialidade*, de modo a *eno-*

doar o Poder Judiciário. Ora, se fossem verdadeiras as acusações, poderiam ser provadas até mesmo em ação de responsabilidade contra o Magistrado (CPC, art. 133).

Ora, mesmo quando a imputação aparentemente é de injúria, mas em vez de qualidades negativas do querelante se lhe imputam atos que podem ou não ser verdadeiros, e nessa imputação é que resida a ofensa, não se poderia negar ao réu, pelos meios processuais adequados e oportunos, o direito de fazer prova desses atos que supostamente endossem suas afirmativas. Isso porque, embora em princípio não caiba exceção da verdade nos delitos de injúria (*JTACrim*, *8*:196), a jurisprudência tem-na admitido quando as afirmativas do réu, posto classificadas na denúncia ou na queixa como injúria, configuram antes atribuição de crime ao ofendido (*v.g.*, a Ap. n. 783.407-Bebedouro, TACrim). Em outras palavras, importa menos a classificação dada aos fatos pela denúncia ou pela queixa-crime, do que aferir se, substancialmente, as afirmativas do réu consistem ou não em imputação de fato ofensivo à honra da vítima, em vista de que a lei admita a exceção da verdade.

Com muita acuidade, assim analisou a questão CELSO DELMANTO: "Em qualquer das hipóteses em que a exceção é facultada, cabe ao magistrado averiguar sua admissibilidade em face da própria lei, não estando obrigado a se restringir à classificação dada aos fatos pelo ofendido. De outra forma, este poderia burlar a previsão legal, mediante o enquadramento da ofensa em figura que não permite a exceção da verdade" (*Código Penal comentado*, art. 138, 6ª ed., Freitas Bastos, 1986).

Exclusão de antijuridicidade

749. Exclusão de antijuridicidade — causas

As causas legais de exclusão da antijuridicidade não são taxativas, como a doutrina tem unanimemente reconhecido (BETTIOL, *Direito penal*, II, p. 272, Coimbra, 1970; NORONHA, *Direito penal*, I, n. 53, p. 99, ed. Saraiva, 1986; ANÍBAL BRUNO, *Direito penal*, I, p. 351-5, ed. Forense, 1972).

Execução penal

750. Execução penal — *v.*

Competência (execução da pena), p. 422.

Pena, p. 679.

751. Execução penal — caráter jurisdicional

É conhecida a controvérsia sobre a natureza jurídica da execução penal: para alguns, tem caráter administrativo; para outros, caráter jurisdicional, no sentido vero e próprio.

A rigor, inexiste diferença ontológica (substância) entre administração e jurisdição, pois ambas se incumbem de aplicar a lei, diferindo, apenas, no modo (acidente) como isto se dá (cf. *Teoria Geral do Processo*, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, p. 87, n. 53, ed. Rev. dos Tribunais, 1985).

Ora, na chamada jurisdição penal, e sobretudo na execução penal, a distinção de modo entre a jurisdição e a administração, com efeito, embora tênue, ainda existe, embora não falte quem a negue, em doutrina, a própria existência de lide no processo penal, enquanto, para o entendimento predominante, pressupõe-se a lide como pedra angular de toda relação processual. Para aqueles, não se poderia dizer, num sentido técnico, houvesse um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida; ao contrário, o Estado estaria apenas administrando um interesse público, que não se contrapõe, aprioristicamente falando, ao interesse individual de liberdade do réu, senão na medida em que tal contraposição convier ao próprio interesse público suposto. Por isso se explica possa o órgão estadual, incumbido de promover a pretensão punitiva, recorrer até mesmo a favor do réu ou impetrar em seu prol o *habeas-corpus*, não lhe faltando nem interesse nem legitimidade para tanto.

Já na execução penal, dizem os partidários da posição administrativista, ficaria ainda mais nítida a falta de lide. Havendo um título executório — que é a sentença penal condenatória, o interesse do Estado seria, apenas, o de zelar pela correta aplicação da pena, fiscalizando suas fases, o tratamento do preso, sua recuperação e sua posterior liberdade.

Há uma grande parcela de verdade nesse posicionamento. Mesmo para aqueles que, como nós, admitem exista uma teoria geral do processo, não passam despercebidas profundas diferenças entre a dita jurisdição civil e a dita jurisdição penal (a jurisdição, na verdade, é una, sendo antes tal divisão de objeto e não de essência).

Com efeito, e justamente para reforçar o acerto da tese administrativista, podemos apontar inúmeros incidentes na execução de caráter tipicamente não-jurisdicional. Assim, a visita do Juiz ou do Ministério Público aos presídios, em si, é correcional e não jurisdicional; também é administrativa a tarefa de ambos de verificar as condições de higiene, alimentação e saúde dos presidiários; também não tem outra natureza a fiscalização do trabalho do preso e tantos outros incidentes de que é farta a execução, inclusive, no mais das vezes, a evolução disciplinar, que se processa sem incidentes jurisdicionais.

Entretanto, seria descurar a realidade, ao contrário, agora também negar o caráter tipicamente jurisdicional — pelo menos na mesma medida em que é jurisdicional o processo penal condenatório — a diversos incidentes da execução, como a revogação da suspensão condicional da pena, o deferimento ou a cassação da prisão-albergue, a decretação da extinção da punibilidade.

Neste últimos casos, reiterada a ressalva já lançada acima sobre as peculiaridades da dita jurisdição penal, não há negar a indispensabilidade da presença dos princípios da bilateralidade e do contraditório, enfim, que iluminam o processo penal. Acaso se negaria a substitutividade, ou seja, a atuação da vontade concreta da lei, em que pese o diverso querer das partes? Acaso se

negaria a resistência à pretensão acusatória, que normalmente ocorre, ainda que devam ser feitas as ressalvas anteriormente lembradas?

Quando se trate da revogação do *sursis*, não se pode considerar o réu um mero objeto da execução: é titular de posições jurídicas, é tão sujeito da relação processual como o é, também, o Ministério Público.

As garantias constitucionais do *devido processo legal* acaso não se aplicariam ao réu, quando o Juiz, por exemplo, revogasse indevidamente o albergue domiciliar, sem sequer ouvir o sentenciado? Então na execução penal não há direito de defesa, não há duplo grau de jurisdição — também princípios norteadores da jurisdição?

E, caso se reconheça o caráter jurisdicional da execução penal, ao menos em alguns de seus incidentes, acaso se afirmaria que ela é jurisdicional e contraditória só para o réu e não para o Ministério Público?

Assim, tomemos a sentença que extinga o processo, dando por cumprida a pena.

Como bem dizem CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, "os denominados incidentes da execução — o processo de execução propriamente dito — têm caráter indiscutivelmente jurisdicional. E em toda execução penal há pelo menos dois momentos jurisdicionais: seu início e seu encerramento" (*op. cit.*, p. 279).

Nesse caso, é inegável que tem o Ministério Público, como titular de um dos pólos da relação processual, à vista do interesse público do Estado-Administração no correto cumprimento das condições fixadas pelo Estado-Juiz, direito de acompanhar a extinção da pena, manifestando-se previamente sobre ela (cf. art. 67 da LEP), inclusive para poder legitimamente ponderar e talvez influenciar a solução do incidente — ou seja, direito idêntico ao que tem o réu.

Daí, se faltar bilateralidade no ato, sua nulidade deverá ser reconhecida.

Extinção da pena

752. Extinção da pena — *v.* tb.

Pena, p. 679.

Tendo a execução penal caráter jurisdicional, pode o Juiz reconhecer a extinção da punibilidade sem observar o princípio do contraditório, assim deixando de ouvir previamente ambas as partes?

Embora haja precedentes jurisprudenciais que admitem um caráter quase que automático na extinção da punibilidade, a nosso ver não correspondem à natureza jurisdicional da execução penal.

Como alguns têm caráter iniludivelmente jurisdicional alguns incidentes da execução — em especial sua instauração e seu encerramento — não há como admitir a mera automação em decretar-se extinta a pena sem se aferir se foram cumpridas as condições concretas de seu cumprimento (impostas na sentença) ou gerais (impostas por lei). Afinal, o mero caráter declaratório da sentença extintiva da punibilidade não dispensa as garantias do contraditório, a bilateralidade dos atos processuais, o *audiatur et altera pars*, mesmo porque a extinção da punibilidade, pelo próprio decurso do prazo (prescrição), pela morte do réu ou por outro fato físico qualquer — em tese pode fundar-se em prova falsa, competindo às partes ser ouvidas previamente sobre ela. Afinal, nem por ter caráter declaratório a decisão extintiva de punibilidade, não se há de supor se trate de ato automático de jurisdição.

Falsa identidade

753. Falsa identidade — *v.*

Art. 307 do CP (para evitar prisão), p. 305 e s.

Art. 308 do CP (concurso), p. 311.

Fauna

754. Fauna — competência — *v.* tb.

Competência — crime contra a flora e a fauna, p. 411.

Crimes ambientais – competência, p. 447.

"Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna" (Súm. n. 91 – STJ).

Fax (fac simile)

755. Fax ou fac-símile — *v.* tb.

Recursos, p. 722.

"Recurso via *fax* — validade. O simples fato de o original do recurso haver sido protocolado após o prazo referente à interposição não o prejudica, no que utilizado o moderno meio de transmissão que é o *fax*. Implica relegá-lo à inutilidade o empréstimo de valia condicionada à entrada do original, no protocolo, dentro do prazo pertinente ao recurso" (AgRg 152.115-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, 20-8-93, p. 16.323, j. 14-6-93, 2ª T. STF, v.u.).

Fiança

756. Fiança — prestação de fiança depois da sentença — possibilidade

No processo penal, a entrega da prestação jurisdicional, pelo Juiz de primeiro grau, embora o impeça de reapreciar o *meritum causæ*, não obsta a que aprecie questões processuais compatíveis que sobrevenham enquanto os autos não são remetidos ao Tribunal para apreciar o apelo. Caso contrário, por absurdo, teríamos de admitir que o réu, tendo direito a prestar a fiança, e dispondo-se a fazê-lo, ficaria praticamente impossibilitado ou seriamente dificultado de exercitar seu direito, enquanto, interposto o apelo, os autos ainda estivessem no juízo *a quo*.

Possível é que, nas hipóteses em que a lei o admita, o réu preste fiança em qualquer fase do procedimento ou do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (CPP, art. 334); isso significa que, nos casos em que seja admissível a fiança, não a tendo concedido o Juiz do feito, passará a caber ao relator do recurso concedê-la ou não, no Tribunal.

Nesse sentido, dispõe o art. 57, V, do Regimento Interno do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "O relator do processo é o Juiz preparador, após a distribuição até o julgamento, e a ele compete (...) arbitrar fiança ao réu preso, se for o caso e a respeito não o tiver provido o Juiz *a quo*". Caberá, pois, ao relator apreciar as questões atinentes à fiança, nos termos do art. 557, parágrafo único, *b*, do Cód. de Processo Penal (no mesmo sentido, cf. MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, n. 108, p. 182, ed. Saraiva, 1972).

A competência do relator só começa a partir da distribuição; antes disso, a competência para apreciar a concessão ou denegação da fiança é do Juiz *a quo*. Neste último caso, não a concedendo o Juiz, em caso em que seria devido fazê-lo, e não tendo ainda o recurso dado entrada no Tribunal *ad quem*, somente por *habeas-corpus* seria possível sanar essa ilegalidade (arts. 152, V, e 155, § 2º, do mesmo Regimento). Entretanto, não será preciso chegar a tanto, se o Juiz *a quo*, instado a concedê-la, puder fazê-lo se o caso em concreto admitir a concessão da fiança.

757. Fiança — quando não se concede fiança

"Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão" (Súm. n. 81 – STJ).

Finalismo

758. Finalismo — *v.*

Crimes contra a honra, p. 448.

Dolo, p. 486.

Erro de proibição, p. 499.

Ilicitude, p. 528.

759. Finalismo — a teoria finalista

A teoria finalista da ação faz perquirir o elemento subjetivo como integrante da tipicidade da infração. Assim, se ausente o dolo, exigível para a configuração de determinado tipo de infração penal, faltará a própria tipicidade da conduta.

760. Finalismo — distinções entre o finalismo e o causalismo — *v.* tb.

Art. 41 do CPP (denúncia contra inimputável), p. 109.

Menoridade, p. 651.

Se crime é o ato *típico*, *antijurídico* e, para os causalistas, também *culpável*, se faltarem condições de imputabilidade, por definição legal não poderá ser considerado autor de crime o menor de 18 anos. Já para os finalistas, a culpabilidade não é característica do crime e sim mera condição de impor pena pela reprovabilidade da conduta — mas o menor não recebe pena e, por isso, faltaria a condição impositiva da sanção penal.

Desta forma, para quem conceitue o crime, na esteira de ANÍBAL BRUNO, como *todo fato que a lei proíbe sob ameaça de uma pena*, o menor que comete o fato proibido não é autor de crime, e sim infrator, pois não está sujeito a penas e sim a medidas sócio-educativas (*Justitia*, *174*:93-4).

Flagrante forjado

761. Flagrante forjado *versus* preparado — *v.*

Art. 14 do CP, p. 59.

Art. 17 do CP, p. 65.

Tóxicos, p. 782.

Força maior

762. Força maior — distinção de caso fortuito

Para aceitar a efetiva distinção entre caso fortuito e força maior, seria preciso fosse ela segura, o que não se dá. Para alguns, o caso fortuito é imprevisível e nem sempre o é a força maior; para outros, o primeiro é acidente produzido por força ininteligente, enquanto a última é fato de terceiro, embora também invencível. Para nós, ambos são inevitáveis e justificam o descumprimento de obrigação; *caso fortuito* é fato humano (guerra ou greve, *v.g.*) e *força maior* é fato da natureza (inundação, p. ex.). Visando a evitar essas controvérsias acadêmicas, a lei civil equiparou seus efeitos (CC, art. 1.058, parágrafo único).

763. Força maior — exemplos

"Atraso no encerramento da instrução, tendo decorrido da não-apresentação do réu por falta de escolta ou viatura, haveria que ser equiparado à situação de *força maior* e não autorizaria, de si só, soltura alguma" (*HC* n. 305.016-6-Capital, 7ª Câm. TACrim, j. 15-5-97, rel. Luiz Ambra).

"Positivado o motivo de força maior, que tem impedido a tomada dos depoimentos das testemunhas de defesa, pela falta de apresentação do réu à sala de audiência do juízo, a este não se pode atribuir culpa pelo atraso na instrução" (*RHC* n. 1.392-RJ, 6ª T., STJ, *DJU*, 23-9-91, p. 13.089).

Enseja motivo de força maior a paralisação geral dos serviços forenses, em razão de greve ou outro motivo equivalente (*Rev. de Jurisprudência do RS*, *123*:40; *HC* n. 305.016-6, 95.911.3-9, 94.804.3-3 – TACrim SP).

Foro por prerrogativa de função

764. Foro por prerrogativa de função — *v.*

Competência, p. 407.

765. Foro por prerrogativa de função — Justiça Eleitoral

"Competência para o processo e julgamento de Secretário de Estado acusado da prática de crime eleitoral. Compete originariamente aos Tribunais Regionais Eleitorais processar e julgar, por crimes eleitorais, as autoridades estaduais que, em crimes comuns, tenham no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função" (*RHC* n. 69.773-PR, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 12-2-93, p. 1.452, j. 26-11-92, STF Pleno, v.u.; *v.* tb. CJ 6.113, *RTJ*, *91*:59).

766. Foro por prerrogativa de função — conexidade e continência

"Exceção de incompetência. Co-réus de autoridade sujeita à competência criminal do Supremo Tribunal Federal. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que sua competência se prorroga, em virtude das normas sobre conexão e continência, para estender-se a acusados que não gozem do foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal" (Pet. 760-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 8-4-94, STF Pleno, *DJU*, 17-6-94, p. 15.720).

767. Foro por prerrogativa de função — não se trata de privilégio

"Não se trata de privilégio de foro, porque a competência, no caso, não se estabelece *por amor dos indivíduos*, e sim em razão *do caráter, cargos ou funções que eles exercem*, como ensinou J. A. PIMENTA BUENO. Ela está baseada *na utilidade pública e o princípio da ordem e da subordinação e na maior independência do Tribunal Superior* — como disse, em 1874, o Supremo Tribunal de Justiça (PAULA PESSOA, *Código de Processo Criminal*, p. 195, nota 1.905), o que, sob outra forma, repetiu, mais tarde, o insigne COSTA MANSO, ao reclamar essa competência originária para os secretários de Estado" (FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, I, n. 109, p. 208, 2ª ed.).

768. Foro por prerrogativa de função — Súm. n. 394 — STF

"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial, por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício (Súm. n. 394)" (*HC* n. 41.903, *DJU* 17-11-65, STF-Pleno, j. 16-12-64, rel. Min. Antonio Villas Boas, Ement. 638).

769. Foro por prerrogativa de função — generalidades

O foro por prerrogativa de função é aplicável mesmo a fatos ocorridos antes da investidura do agente no cargo ou nas funções, estendendo-se ao julgamento de fatos ocorridos durante o exercício funcional, ainda que o inquérito policial ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Tal foro não prevalece, porém, se o ilícito tiver sido praticado enquanto o agente se encontrava afastado do exercício das funções (*RT*, *604*:318), aposentado (*RT*, *606*:412 — STF) ou após a cessação definitiva do exercício funcional (Súmula 451 — STF). Para o fato cometido enquanto no exercício funcional, o foro se aplica mesmo depois de demitido ou aposentado (*RT*, *554*:313, *461*:460; *RTJ*, *90*:950; Súmula 394 — STF)[64].

770. Foro por prerrogativa de função — membros do Ministério Público

V. nosso *Regime jurídico do Ministério Público* e *Introdução ao Ministério Público*, cit., Cap. 5, n. 16, *c*, e 6, n. 9.

Fraude civil e fraude penal

771. Fraude civil e fraude penal — *v.*

Art. 171 do CP, p. 246.

64. *V.* nosso livro *Introdução ao Ministério Público*, p. 41, 2ª ed., Saraiva, 1998.

Fungibilidade recursal

772. Fungibilidade recursal — *v.* tb.

Art. 197 da LEP, p. 267.

Agravo em execução, p. 46.

Correição parcial, p. 435.

Recursos, p. 722.

O princípio da fungibilidade recursal permite que se conheça de um recurso, interposto equivocadamente em vez daquele que teria sido o correto, desde que não tenha havido má-fé, o erro não seja grosseiro e a inconformidade tenha sido apresentada dentro do mesmo prazo que seria exigível para interposição da inconformidade pela via correta.

Assim, por exemplo, em matéria de execuções penais, a Lei n. 7.210/84 impõe agravo para as decisões proferidas na matéria (art. 197); enquanto isso, nos incidentes gerais do processo criminal, o Cód. de Processo Penal enumera normalmente apelações e recursos em sentido estrito (arts. 581 e 593). Criou-se um sistema em que coexistem normas recursais de sistemas diferentes, e até mesmo do próprio Cód. de Processo Civil, que é invocado para o processamento do agravo penal. Tudo isso não raro tem levado as partes e os magistrados a longas controvérsias sobre o cabimento de um recurso em vez de outro.

Nesses casos, o princípio da fungibilidade recursal recomenda que, não tendo havido erro grosseiro, nem má-fé, nem perda do prazo, seja processada a inconformidade, sem atenção maior ao *nomen juris* dado ao recurso interposto.

773. Fungibilidade recursal — erro grosseiro — *v.* tb.

Erro, p. 498.

A não recomendar o conhecimento do recurso, pode-se em alguns casos dizer que o erro foi grosseiro, se existe norma expressa prevendo o recurso diverso daquele que foi eleito para

a hipótese específica. Entretanto, não se deve ter excessivo rigor na apreciação do erro grosseiro em matéria de recursos penais, pois o sistema recursal da legislação adjetiva criminal, sobre ter pouca simetria com o sistema recursal civil, é fragmentário e falho, e tem ensejado divergências dos profissionais do Direito, especialmente em matérias que possam não ser de uso correntio da praxe forense.

Furto

774. Furto — apreensão da *res* — *v.* tb.

Apreensão, p. 54.

Art. 155 do CP, p. 181.

Busca e apreensão, p. 398.

É verdade que o mero fato de encontrar-se um objeto furtado em poder de alguém por si só não pode levar à conclusão de que o possuidor tenha sido autor da subtração; entretanto, a jurisprudência tem entendido que, nesses casos, incumbe ao possuidor demonstrar que o bem lhe veio às mãos por meios lícitos (*RJDTACrim*, *6*:134; *JTACrim*, *66*:410).

775. Furto — talonário de cheques — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 184.

As folhas de talonário de cheque, ainda que não tenham sido regularmente emitidas como cambiais pelo titular da conta, têm valor patrimonial, seja para o banco que as fornece, seja para os correntistas, que as pagam, e seja enfim para os criminosos, que as comercializam e delas se valem para benefícios patrimoniais.

Por isso, as folhas de cheque, mesmo em branco, têm valor patrimonial não só em vista do custo de sua emissão para os bancos, que é repassado direta ou indiretamente para os correntistas como taxas ou custo de serviços, como também e principalmente em vista do valor que lhe emprestam os marginais, que as negociam para a prática de novos crimes, como estelionatos.

O talonário de cheques é bem que representa utilidade para seu titular e ainda pode trazer proveito econômico para terceiros, o que é demonstrado pelo fato de ser ele freqüentemente objeto de furto, roubo e receptação dolosa. Ainda que em si o talonário ou os cheques avulsos em branco não tenham valor ponderável de comércio, representam uma utilidade para o respectivo titular ou para terceiros e por isso podem ser objeto de crimes patrimoniais (*RJDTACrim*, *9*:101, *5*:176; *JTACrim*, *67*:47; *RT*, *602*:342, *587*:428; MIRABETE, *Manual de direito penal*, II, p. 199-200, ed. Atlas, 1991).

Furto de uso

776. Furto de uso — *v.*

Art. 155 do CP, p. 184.

Art. 157 do CP (roubo de uso), p. 208.

Furto famélico

777. Furto famélico

O furto famélico encontra justificativa na excludente do estado de necessidade. Mas o estado de necessidade exige mais do que a fome e a momentânea falta de dinheiro. O direito admite o sacrifício de um bem jurídico (o patrimônio alheio) em benefício de outro bem jurídico mais relevante (a vida do agente), desde que seja *inevitável* esse sacrifício. Desta forma, o agente, para valer-se da justificativa, terá de fazer prova cabal de que, nas circunstâncias, a subtração era o único e derradeiro recurso (*JTACrim*, *56*:153, *49*:211, *36*:319).

Guarda municipal

778. Guarda municipal

A jurisprudência tem considerado como funcionários públicos, para efeitos penais, entre outros, o guarda-noturno, desde

que não particular (*JTACrim*, *29*:327; *RT*, *375*:205, *374*:164, *370*:188), e o guarda municipal (*RT*, *458*:377; *JTACrim*, *82*:427, *29*:264; *RJDTACrim*, *4*:83). No mesmo sentido, é a lição de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código Penal anotado*, arts. 327 e 331, ed. Saraiva, 1991).

Guia de recolhimento

779. Guia de recolhimento — carta de guia — recurso contra a não-expedição de carta de guia — *v.* tb.

Art. 197 da LEP (agravo de instrumento), p. 267.

Correição parcial, p. 434.

Seria cabível correição parcial contra a decisão que deixa de expedir carta de guia?

A questão de saber se a decisão recorrida importa ou não *error in procedendo*, sobre constituir-se o próprio mérito da correição parcial, não há de ser óbice a seu conhecimento, se a doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, e JÚLIO F. MIRABETE, *Execução penal*, nota ao art. 105 da Lei n. 7.210/84) e a jurisprudência admitem o cabimento desse sucedâneo recursal contra a decisão que deixa de expedir carta de guia (*RT*, *549*:343).

780. Guia de recolhimento — condições para sua expedição

A expedição da carta de guia, ou guia de recolhimento, subordina-se a estas condições: *a)* trânsito em julgado da sentença condenatória à pena privativa de liberdade; *b)* efetiva prisão do réu (art. 105 da Lei n. 7.210/84).

Discute-se se, para expedir a carta de guia, seria mister o trânsito em julgado da sentença *para acusação e defesa*, ou bastaria o trânsito em julgado *para a acusação*.

Há entendimentos no sentido de que é mister o trânsito em julgado, *tout court*, enquanto outros sustentam que basta que

a sentença tenha trânsito em julgado para a acusação. Esta nos parece a melhor solução, pois, de um lado, tendo transitado em julgado para a acusação, a sentença não poderia ser agravada em sede de recurso exclusivo da defesa; de outro lado, não teria sentido penalizar-se o réu que recorreu só para minorar sua situação aflitiva, negando-lhe uma progressão a que faria jus se ele próprio não se tivesse inconformado com a sentença. Afinal, ninguém pode ser prejudicado por utilizar um recurso interposto em seu exclusivo benefício.

Habeas-corpus

781. *Habeas-corpus — v.*

Habeas-corpus contra o Juiz, p. 521.

Habeas-corpus contra o Promotor de Justiça, p. 522.

Mandado de segurança, p. 646.

782. *Habeas-corpus* — descabimento em caso de imposição somente de multa — *v.* tb.

Multa, p. 663.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito do tema, sem maior rigor lógico, decidiu: "*Habeas-corpus*. 1. Condenação da paciente, tão-só, a pena de multa. 2. Está assentado na jurisprudência do STF que não cabe *habeas-corpus*, quando o réu é apenado, exclusivamente, com a pena de multa; nessa hipótese, não há o risco de constrição ilegal à liberdade de locomoção do condenado, desde o advento da Lei n.º 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, em não sendo mais possível converter a pena de multa em detenção. 3. Precedentes. 4. Embora, no caso, seja insuscetível, assim, de conhecimento, a ordem impetrada, concede-se, entretanto, de ofício, *habeas-corpus* à paciente, para declarar, desde logo, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, eis que fluiu prazo superior a dois anos (CP, art. 114), entre a data da sentença

condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, e o acórdão que desproveu a apelação da ré" (*HC* n. 75.050, *Informativo STF, n. 67 e 102*).

783. *Habeas-corpus* — alimentos

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "é imprestável a via do *habeas-corpus* para a discussão da impossibilidade de pagar prestações alimentícias vencidas; matéria desse tipo deve ser levada ao juízo cível" (*RHC* n. 2.406, rel. Min. José Cândido, *DJU* de 9-8-93).

Habeas-corpus contra o Juiz

784. *Habeas-corpus* contra o Juiz — competência — *v.* tb.

Habeas-corpus, p. 520.

Habeas-corpus contra o Promotor de Justiça, p. 522.

"Tratando-se de coação atribuída a Juiz de Direito, pode parecer que a competência seria do E. Tribunal de Justiça, porquanto o art. 74, IV, da Constituição do Estado dispõe que a ele compete julgar 'os *habeas-corpus*, nos processos cujos recursos forem de sua competência ou quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita a sua jurisdição...'; e o art. 96, III, da Constituição da República estabelece que compete àquela Corte '... julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade...' Essa combinação de normas, contudo, não tem aplicação ao caso em tela, pois que não se trata de competência especial por prerrogativa de função, mas tão-somente de competência comum, dada a qualidade da pessoa do paciente. Assim sendo e tendo em vista que é imputado ao paciente crime contra o patrimônio, a competência deve ser deste Tribunal de Alçada Criminal por força das normas fixadas nos arts. 125, § 1º, da Constituição da República, e 79, II, *a*, primeira parte, da Constituição do Estado, combinados. Quando mais não

fosse, esta última interpretação não levaria ao absurdo de se entender que, após o advento da Constituição do Estado, este Tribunal de Alçada perdeu toda a competência para julgar *habeas-corpus* originários, restando-lhe somente as impetrações decididas no juízo de primeiro grau que forem objeto de recurso. Vem a pelo, portanto, o velho aforismo *interpretatio illa sumenda, quæ absurdum evitetur* (cf. PAULA BAPTISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica*, 1ª ed., Saraiva, 1984, parágrafo 12, p. 11-2, texto e nota 1; CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 4ª ed., Freitas Bastos, 1947, n. 179, p. 205, texto e nota 1)." (*HC* n. 223.318-6-Moji das Cruzes, 6ª Câm. TACrim, m.v., rel. Penteado Navarro, j. 8-4-92).

Além disso, outro absurdo seria admitir que o Tribunal de Alçada não poderia conhecer questões procedimentais ou de mérito referentes aos crimes de sua própria competência, levantadas por meio de *habeas-corpus* originário, mas poderia conhecê-las se levantadas por meio de regular apelação... Ademais, acolher a tese contrária seria estender a competência do Tribunal de Justiça para julgar, por meio de *habeas-corpus*, questões que não estão afetas à sua competência de segundo grau.

Habeas-corpus contra o Promotor de Justiça

785. *Habeas-corpus* contra o Promotor de Justiça — possibilidade de ser autoridade coatora — *v.* tb.

Habeas-corpus, p. 520.

Habeas-corpus contra o Juiz, p. 521.

Ministério Público, p. 652.

Promotor de Justiça, p. 714.

A tese de que o Ministério Público não podia ser autoridade coatora em sede de *habeas-corpus*, antes muito difundida, fundava-se na circunstância de que, normalmente, o ato de coação, ainda que de certa forma provocado pelo órgão ministerial, em última análise partiria sempre da autoridade policial — que

cumpria a requisição do inquérito — ou da autoridade judiciária — que recebia a denúncia.

Entretanto, com a maior instrumentalização jurídica dada ao Ministério Público, especialmente diante da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional que lhe cometeu novos instrumentos investigatórios (como as Leis n. 7.347/85, 8.625/93 e a LC n. 75/93), em diversas hipóteses inequívocas o órgão do Ministério Público pode praticar atos de coação, que, se e quando forem ilegais e importarem restrição efetiva ou potencial à liberdade de locomoção, serão passíveis de correção por *habeas-corpus* (especialmente as conduções coercitivas).

Doravante, perdeu a razão de ser a solução artificial de supor que, na hipótese da requisição do inquérito, o ato de coação teria partido apenas da autoridade policial (que se limitara a *encampar* o ato de coação, dizia-se). Hoje é inequívoco que o Ministério Público pode praticar atos de coação, cujo controle de legalidade ficará submetido ao crivo do Poder Judiciário, em hipóteses como: *a)* presidência direta de inquéritos policiais, nos casos dos art. 41, parágrafo único, da Lei n. 8.625/93; *b)* expedição de notificações e requisições (art. 129, VI e VIII, da CF; art. 26 da Lei n. 8.625/93; *v.* tb. *RT*, *584*:337); *c)* presidência de inquérito civil, onde podem surgir atos de coação (como a condução de testemunhas; cf. art. 129, III, da CF; Lei n. 7.347/85 e Lei n. 8.625/93, art. 26, I, *a*); *d)* promoção direta de diligências (art. art. 129, II, da CF; art. 26, I, da Lei n. 8.625/93).

Desta forma, a posição hoje mais aceitável é a de que, em tese, o órgão do Ministério Público pode responder como coator, quando de seu ato surja ilegalidade passível de correção por via do remédio heróico. No caso de requisição de inquérito policial, admite-se, pois, que o órgão do Ministério Público seja a autoridade coatora (*RT*, *548*:271).

786. *Habeas-corpus* contra o Promotor de Justiça — competência — *v.* tb.

Habeas-corpus, p. 520.

Habeas-corpus contra o Juiz, p. 521.

Em matéria de *habeas-corpus*, a qualidade de membro do Ministério Público pode ser critério de determinação de competência jurisdicional: *a)* cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar os *habeas-corpus* em que seja paciente ou coator o Procurador-Geral da República, bem como o mandado de segurança e o *habeas-data* contra seus atos (CR, art. 102, I, *d* e *i*); *b)* o Superior Tribunal de Justiça julgará os *habeas-corpus* em que sejam pacientes ou coatores membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (CR, art. 105, I, *c)*; *c)* como na esfera estadual cabe às respectivas Constituições estabelecer a competência dos tribunais locais, a Constituição paulista dispôs competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Procurador-Geral de Justiça (CE, art. 74, I), e, nas infrações penais comuns e de responsabilidade, os membros do Ministério Público, salvo os crimes de responsabilidade e os crimes eleitorais (CE, art. 74, II); *d)* compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar os mandados de segurança e os *habeas-data* contra atos do Procurador-Geral de Justiça (CE, art. 74, III), bem como os *habeas-corpus* quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição[65].

787. *Habeas-corpus* contra o Promotor de Justiça — competência — posição do STF — *v.* tb.

Habeas-corpus, p. 520.

Habeas-corpus contra o Juiz, p. 521.

"*Habeas-corpus*: competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo: coação imputada a membro do Ministério Público estadual. 1. Da Constituição do Estado de São Paulo

---

65. CE, art. 74, IV. Isto inclui o julgamento de *habeas-corpus* contra atos de promotor de Justiça. Nesse sentido, *v.* RE n. 141.211-9/210-SP, STF, 2ª T., v.u., j. 26-5-1992, *DJU*, 28-8-92, *JSTF*, 175:376. *V.*, ainda, nossos *Regime jurídico do Ministério Público* e *Introdução ao Ministério Público*, cit., Cap. 5, n. 16, *c*.

(art. 74, IV), em combinação com o art. 96, III, da Constituição Federal, resulta a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar *habeas-corpus* quando a coação ou ameaça seja atribuída a membro do Ministério Público local; nesse ponto, o preceito da Constituição estadual não ofende a competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (CF, art. 22, I). 2. Não é exaustivo o rol dos casos de *habeas-corpus* de competência originária dos Tribunais de Justiça, constante do art. 650 Cód. de Processo Penal, porque a competência originária por prerrogativa de função, dita *ratione personæ* ou *ratione muneris*, quando conferida pela Constituição da República ou por lei federal, na órbita da jurisdição dos Estados, impõe-se como mínimo a ser observado pelo ordenamento local: a este, no entanto, é que incumbe, respeitado o raio mínimo imposto pela ordem central, fixar-lhe a área total. 3. A matéria de que se cuida, relativa à competência material por prerrogativa de função, não é da área estrita do direito processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída (*v.g.*, J. FREDERICO MARQUES), e ficou reforçado pelo art. 125 da vigente Constituição da República. 4. Tanto mais se legitima a norma questionada da Constituição local quanto é ela que melhor se ajusta ao correspondente modelo federal, no qual — com a única exceção da hipótese de figurar como coator um Ministro de Estado — o princípio reitor de conferir a competência originária para o *habeas-corpus* ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de que seja acusada a autoridade coatora" (RECr. n. 141.209-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 20-3-92, p. 3.326, *RTJ*, *140*:683, 1ª T STF, v.u., j. 4-2-92; *v.* tb. *RTJ*, *102*:54).

Fundado no art. 96, III, da CF, em combinação com o art. 74, IV, da Constituição paulista, o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser competente o Tribunal de Justiça local para conhecer dos pedidos de *habeas-corpus* impetrados contra órgão do Ministério Público, contra atos de coação praticados quando de requisição de documentos ou quando da expedição de notificação para comparecimento (RE 141.211-9, 2ª T. STF, rel. Min.

Néri da Silveira, *DJU*, 28-8-92, *RTJ*, *144*:342; RE 141.209-7, 1ª T. STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RT*, *683*:388; no mesmo sentido, *RHC*, 2.444-0-SP, 5ª T. STJ, j. 16-12-92, rel. Min. Costa Lima, *RJTJSP*, *163*:156, rel. Des. Dante Busana).

788. *Habeas-corpus* contra o Promotor de Justiça — competência — posição do Tribunal de Justiça — *v.* tb.

Habeas-corpus, p. 520.

Habeas-corpus contra o Juiz, p. 521.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que "a competência para julgar *habeas-corpus* quando a coação ou ameaça seja atribuída a membro do Ministério Público local é, em princípio do Tribunal de Justiça, excetuando-se o que cabe ao Tribunal de Alçada *ratione materiæ*" (*HC* n. 125.431-3-0, 3ª Câm., j. 25-5-92, rel. Des. Egydio de Carvalho, *RT*, *684*:323; no mesmo sentido, *v.* voto do Juiz René Ricupero, *in RT*, *722*:489-491).

789. *Habeas-corpus* contra membro do Ministério Público — competência do Juiz da Comarca

Em alguns julgados, tem-se entendido que o foro por prerrogativa de função dos membros do Ministério Público aplica-se somente aos crimes comuns ou de responsabilidade; mas o controle de legalidade dos atos coativos dos Promotores de Justiça é afeto aos Juízes de Direito da própria comarca (*RT*, *746*:619-TACrim; *RJTJSP*, *44*:341; *JTJ*, *146*:327; *v.*, tb., *RT*, *722*:486-TACrim; *JTJSP*, *159*:330-TJSP-Pleno).

Homicídio culposo

790. Homicídio culposo — *v.*

Art. 129, § 6º, do CP, p. 168.

Art. 303 do CTB, p. 301.

Crime culposo, p. 444.

Culpa, p. 461.

Honorários advocatícios – OAB

791. Honorários advocatícios — tabela da OAB — *v.* tb.

Ação penal privada, p. 41 e s.

Em recurso da acusação, com amplo efeito devolutivo, entendemos deva ser reformada a sentença que carreie para o Estado excessiva verba honorária, em detrimento do patrimônio público e dos cidadãos que, com seus impostos, custeiam a máquina estatal.

Segundo o § 1º do art. 22 da Lei n. 8.906/94 (EOAB), o juiz pode fixar honorários advocatícios para defensor dativo, na falta de defensor público, "segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB".

Essas tabelas costumam constar da Internet, no *site* da OAB (*http://www.oab-sp.com.br*), e não há razão para onerar-se o Estado com condenação acima dos valores mínimos admissíveis.

Identidade física do réu

792. Identidade física do réu — *v.*

Dúvida sobre a identidade do réu, p. 487.

Identificação criminal

793. Identificação criminal — *v.* tb.

Dúvida sobre a identidade física do réu, p. 487.

O inc. LVIII do art. 5º da Constituição diz que a pessoa já identificada civilmente não será submetida a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Enquanto não se regulamenta essa norma, a praxe tem recomendado que se proceda à identificação criminal, pelo processo datiloscópico, nas seguintes hipóteses: *a)* se a pessoa não

tiver sido antes identificada civilmente, ou não exibir documento idôneo de identidade; *b)* se a cédula de identidade exibida não estiver no original, ou, mesmo no original, sua autenticidade não puder ser determinada; *c)* se o indiciado estiver envolvido com a ação praticada por organizações criminosas (artigo 5º da Lei n. 9.034/95); *d)* se houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade; *e)* se o estado de conservação ou a larga distância temporal da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais; *f)* se constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações para a mesma pessoa; *g)* se advier sentença penal condenatória transitada em julgado[66].

A cópia do documento de identificação civil eventualmente apresentada deverá ser mantida nos autos. Outrossim, havendo identificação criminal, sempre que possível a autoridade policial providenciará seja o indiciado fotografado, juntando-se nos autos de inquérito policial a cópia fotográfica.

Ilicitude

794. Ilicitude — *v.*

Dolo, p. 486.

Finalismo, p. 511.

795. Ilicitude — consciência da ilicitude — *v.* tb.

Jogo do bicho, p. 539.

Dispondo a respeito do erro sobre a ilicitude do fato, o art. 21 do Cód. Penal diz que o desconhecimento da lei é inescusável; mas o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

---

66. A propósito, cf. Portaria n. 6/98 do Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária – DIPO (*DOE*, seç. I, 17-6-98).

Suponhamos que o réu esteja convencido de que agiu corretamente. Isso excluiria o crime ou o isentaria de pena?

Embora em regra a consciência da ilicitude integre a concepção normativa (ANÍBAL BRUNO, *Direito penal*, parte geral, tomo II, p. 31-2, 67 e s., ed. Forense, 1967), na verdade a reprovabilidade penal decorre antes da consciência que o agente tem ou pode ter, de que comete um ato que as leis reprimem. Exigir-se que o agente também concorde que errou, seria pedir muito e até inviabilizar muitas vezes a aplicação da lei penal, pois nem sempre, estando ou não legitimado pela lei, se acha errado aquele que mata, fere, rouba ou aborta. E, mesmo quem sabe que errou, simplesmente poderia dizer que acha que agiu certo. O terrorista que mata ou assalta em nome de princípios políticos, pode sinceramente acreditar que está construindo um mundo melhor. Nem por isso tais ações deixam de ser crimes. Para que advenha a punição, o agente deve saber, ou ter condições de saber (*consciência efetiva ou virtual*), que a lei não permite seu comportamento, ainda que ele, pessoalmente, o ache legítimo.

Há anos, tivemos um caso em que o réu, acusado de ter cometido crime contra a honra do Juiz do feito, entendia ter agido corretamente ao acusá-lo de conduzir a causa com parcialidade. Não obstante entendesse o agente ter agido dentro dos limites da lei, e até principalmente por isso mesmo, por acreditar que a lei lhe dava direito de agir como o fez, incumbia-lhe no caso o ônus de demonstrar as graves acusações que fez, que, se existentes, justificariam seu comportamento. Como não o fez, entendemos ter cometido crime[67].

Impedimentos

796. Impedimentos — do Juiz e do Promotor — *v.*

Art. 252 do CPP (impedimento do Promotor), p. 288.

67. Nosso parecer foi acolhido na Ap. n. 814.383-SP, rel. Raul Motta, 3ª Câm. TACrim., v.u., jul. 94.

Juiz, p. 548.
Revisão, p. 750.

Imprensa

797. Imprensa — crime — *v.*

Crimes contra a honra, p. 448.
Entrevistas, p. 497.
Lei n. 5.250/67, p. 560.
Liberdade de expressão, p. 640.

Imputabilidade

798. Imputabilidade — *v.*

Art. 26 do CP, p. 73.
Art. 97 do CP, p. 151.
Medida de segurança, p. 651.
Menoridade, p. 651.
Silvícola, p. 762.

799. Imputabilidade — semi-imputabilidade — art. 26, parágrafo único, do CP

"Na semi-imputabilidade, não se pode perder de vista que, embora de forma não integral, a inteligência e o mecanismo volitivo do agente funcionam tanto que é apenado. Ora, a redução de pena deve, portanto, no caso, variar em função da gravidade do fato criminoso praticado e da capacidade de delinqüir demonstrada pelo agente" (*JTACrim*, *73*:230 e 232).

"Pena — Fixação — Critério — Réu semi-imputável — Circunstância que não determina, mas apenas faculta a redução da sanção. Revisão indeferida, para confirmar a sentença que fixou a reprimenda acima do mínimo" (*RJTJSP*, *64*:373).

800. Imputabilidade — personalidade amoral — *v.* tb.

Art. 26 do CP (laudo mal fundamentado), p. 76.

Art. 159 do CPP, p. 233.

Perícia, p. 689.

Casos há em que, mesmo à vista do laudo pericial, se estabelece controvérsia sobre se o réu é *inimputável* ou *semi-imputável*.

Tivemos sob estudo um precedente em que o laudo pericial dizia que o réu teria sensibilidade moral quase nula, em vista da predominância do egoísmo e da ausência de sentimento de vexame e pudor quanto os crimes praticados, denotando frieza de ânimo e subversão do senso crítico, com dificuldade de frear os impulsos e limitação ética. Ora, essas são características muito comuns em pessoas de má índole, com plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não havendo nos autos nada que levasse a crer não tivesse o réu, ao tempo dos fatos, plena capacidade de entender o caráter criminoso do ato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não se podia, só com base num laudo modestamente fundamentado, reconhecer inimputabilidade nem inimputabilidade diminuída.

Indícios e presunções

801. Indícios e presunções — *v.* tb.

Art. 180 do CP, p. 254.

Prova, p. 717.

A própria lei se encarrega de valorizar presunções e indícios, que, não raro, podem ser invocados a favor do réu (CF, art. 5º, LVII; CPP, arts. 5º, § 1º, II, *b*; 239 e s., 437, 696, *v.g.*).

Quanto aos *indícios*, com EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, nota ao art. 239, n. 503, ed. Rio, 1976,), cabe invocar LUCCHINI: “há um preconceito na

doutrina e, principalmente, na prática, de que o indício é uma fonte imperfeita, e menos atendível, de certeza do que a prova direta. Isso não é exato. A eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à histórica e física. O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja esta bem estabelecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no juízo" (*Elementi di procedura penale*, 4ª ed., n. 131).

Nesse sentido, anotou MANZINI que, no concernente ao direito processual, ou seja, ao livre convencimento do Juiz, a força probante dos indícios é igual à de qualquer outro meio de prova (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Códice*, 3º vol., 1932, p. 367).

De sua feita, é de BENTO DE FARIA o comentário: "se o espírito humano, na maioria das vezes, não atinge a verdade senão por argumentos probatórios indiretos, para evidenciar a circunstância ignorada com o nexo de causalidade, ou de identidade específica (SABATINI, MALATESTA), não poderia, pois, ser desprezada, nos juízos criminais, a prova indiciária, dês que cada vez mais a inteligência, a prudência e a cautela dos criminosos dificultam a prova direta" (*Código de Processo Penal*, 1º vol., 1942, p. 309).

Na mesma esteira, assenta a jurisprudência: "desde que existe o Direito, ou seja, desde a mais remota antigüidade, os indícios e as presunções sempre foram admitidos em doutrina como elementos de convicção. Por óbvio, na ausência de confissão voluntária, a prova de condição subjetiva, tal como o saber ou o conhecer, somente pode ser feita através de indícios e presunções, desde que veementes, ao prudente arbítrio do Juiz. Quando este se despe de seu poder-dever de firmar convicção, por todas as evidências, relegando-a à análise de provas diretas, a impunidade se estabelece como regra geral" (*RJDTACrim*, *5*:168).

802. Indícios e presunções — contradições do réu — *v.* tb.

Prova, p. 717.

A falta de verossimilhança das assertivas do réu já constitui forte indício de sua culpabilidade (cf. CPP, arts. 239 e 157, combinados; FRANÇOIS GORPHE, *L'apreciation des preuves en Justice*, trad. argentina de Luís Alcalá Zamora y Castillo sob o título *De la apreciación de las pruebas*, 1ª ed., EJEA, 1950, p. 297; NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *La lógica de las pruebas en matéria criminal*, Bogotá, 1988; MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, *A prova por indícios no processo penal*, 1ª ed., Saraiva, 1994, p. 75; *RJDTACrim*, *18*:66).

Indígena

803. Indígena — *v.*

Silvícola, p. 762.

Indulto

804. Indulto — graça e anistia — o pressuposto de haver condenação definitiva — *v.* tb.

Art. 63 do CP (reincidência), p. 127.

A *anistia*, a *graça* e o *indulto* são indulgência do Estado; a primeira, concedida por lei, exclui o crime; a segunda (em regra individual e solicitada) e o terceiro (em regra coletivo e espontâneo) extinguem apenas a punibilidade, e são concedidos pelo Poder Executivo.

A comutação é uma forma limitada de indulto (MIRABETE, *Manual de direito penal*, I, n. 12.2.6, p. 364, ed. Atlas, 1991), embora o mais usual seja chamar de indulto o perdão total da pena, e de comutação a dispensa do cumprimento de parte da pena (*RJTJSP*, *33*:247-8). Desta forma, o indulto extingue a pu-

nibilidade (CP, art. 107, II), enquanto a comutação da pena apenas abranda a sanção penal.

Como observou CELSO DELMANTO, "na prática, têm sido concedidos indultos, mesmo antes da condenação tornar-se irrecorrível" (*Código Penal comentado*, art. 107, ed. Freitas Bastos, 1986), ou, pelo menos, desde que já esteja irrecorrível para a acusação (*RTJ*, *88*:1038, *66*:58; *RT*, 538:464). Interpretando a expressão "condenado definitivamente", que não raro é imposta como condição do indulto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que "essa expressão, nesse Decreto[68], como decorre de sua interpretação sistemática, abarca o condenado por sentença definitiva transitada em julgado como o que o foi por sentença definitiva ainda sem trânsito em julgado. *Habeas-corpus* conhecido em parte, mas nela indeferido" (*HC* n. 74.038-RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 3-9-96, 1ª T. do STF, v.u., *DJU*, 29-11-96, p. 47.157).

Inquérito policial

805. Inquérito policial — *v.*

Arquivamento do inquérito policial, p. 58.

Nulidades (no inquérito policial), p. 668.

806. Inquérito policial — diligências investigatórias diretas do Ministério Público — *v.* tb.

Promotor de Justiça, p. 717.

Sobre as diligências investigatórias do Ministério Público, tanto em matéria civil como criminal, *v.* nosso livro ***O inquérito civil***, ed. Saraiva, 1999.

807. Inquérito policial — valor das provas indiciárias

Sobre o valor das provas indiciárias em geral, *v.* nosso livro ***O inquérito civil***, ed. Saraiva, 1999.

---

68. O STF referia-se especificamente ao Dec. n. 1.242/94.

808. Inquérito policial — valor

Porque vigora em nosso sistema o princípio do livre convencimento do Juiz, não está ele adstrito a provas tarifadas, exceto poucos casos previstos na lei (*v.g.*, arts. 155 e 158 do CPP); assim, nada mais natural que possa recorrer aos elementos do inquérito policial. Como registrou ESPÍNOLA FILHO, "nada obsta, antes tudo aconselha a que, sem a menor reserva, se valha (o magistrado) da prova existente apenas no inquérito, com o convencimento de ser ela a verdadeira, não a havendo anulado fatos ou circunstâncias mais fidedignas, conseguidos na instrução criminal" (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, I, n. 41, p. 257, coment. ao art. 4º do CPP, Ed. Rio, 1976).

Instrumentalidade

809. Instrumentalidade — o princípio da instrumentalidade do processo — *v.* tb.

Nulidades, p. 667.

Não se reconhece nulidade se no mérito a decisão pode e deve ser favorável a quem aproveitaria a declaração da nulidade. Nesse caso, declarar nulidade sem prejuízo seria ato sem escopo, que perderia de vista a noção da instrumentalidade do processo.

Interesse processual

810. Interesse processual — conceito — *v.* tb.

Art. 577 do CPP, p. 367.

Art. 599 do CPP (interesse de recorrer), p. 377.

Recursos, p. 722.

O interesse processual mede-se pelo binômio *necessidade-utilidade* da providência pedida em defesa de um pretendido direito (cf. CELSO A. BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 36-7, 63, ed. Forense, 1981).

811. Interesse processual — Ministério Público — *v.* tb.

Art. 577 do CPP (recurso a favor do réu), p. 367.

Sendo o Ministério Público fiscal do cumprimento da lei (CPP, art. 257), seu interesse processual, bem o diz CARNELUTTI, deriva do poder (legitimidade) que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação (cf. *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1953, p. 258-9).

Assim, o interesse de agir do Ministério Público é presumido. Quando a lei lhe confere legitimidade para acionar ou intervir, é porque lhe presume o interesse. Ou, como disse SALVATORE SATTA, "o interesse do Ministério Público é expresso pela própria norma que lhe consentiu ou impôs a ação" (*Diritto processuale civile*, CEDAM, 1967, v. I, n. 45).

Interpretação

812. Interpretação — *v.* tb.

Lex mitior, p. 633.

A interpretação literal leva facilmente a absurdos. Carlos Maximiliano invocou exemplos da Roma antiga, como "o de se julgar isento de culpa e pena o que desposara três mulheres, porque o texto só previa o casamento com duas, a bigamia; e o de absolver o que obtivera, por dinheiro, *um* depoimento favorável, por se referir a lei ao suborno de *testemunhas, no plural*" (*Hermenêutica e aplicação do direito*, n. 387, p. 320, 9ª ed., Forense, 1980).

813. Interpretação — a interpretação *contra legem* — *v.*

Julgamento contra legem, p. 548.

Interrogatório

814. Interrogatório do réu — *v.*

Art. 185 do CPP (interrogatório), p. 257.

Art. 186 do CPP (silêncio), p. 264.

Intimação

815. Intimação — *v.*

Art. 265 do CPP, p. 293.

Art. 798, § 1º, do CPP, p. 390.

Art. 798, § 5º, do CPP, p. 391.

Lei n. 7.891/89 (defensor dativo), p. 568.

Ministério Público, p. 652.

Prazos, p. 692.

Prazos do Ministério Público, p. 694.

Recursos, p. 722.

816. Intimação — prazo — 24 horas

Para a prática de atos processuais cujo prazo já não esteja diretamente fixado na lei, as intimações devem dar-se com razoável antecedência, para permitir às partes o tempo necessário para as providências compatíveis. Não o impondo a lei, normalmente se vale para fixar o prazo, subsidiariamente, do qüinqüídio previsto no art. 185 do Cód. de Processo Civil.

E, mais especificamente, no tocante às intimações para comparecimento: qual o prazo mínimo que pode ser assinado? Nos casos em que a lei não estipule prazo diverso, seria possível realizar uma audiência precedida de intimação realizada nas 24 horas anteriores?

Prazos de 24 horas, posto sejam excepcionais, não chegam a ser desconhecidos do legislador processual penal, tanto que os impôs em alguns casos não só para o Juiz (CPP, arts. 100 e 660), como para a acusação (CPP, art. 536) ou a ambas as partes (CPP, art. 499).

Entretanto, por analogia ao sistema codificado processual civil, "quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento *depois de decorridas vinte e*

quatro horas" (art. 196 do CPC); assim, o normal é que as audiências não sejam marcadas dentro do prazo de 24 horas, e sim apenas *depois* de decorrido esse prazo mínimo. Nos casos urgentes, contudo, acreditamos possam ser realizados atos processuais nesse interregno. Essa solução há de ser excepcional, como nos feitos referentes a réus presos, para não ultrapassar o prazo da custódia provisória, ou nos casos em que se busque evitar prescrição iminente. Naturalmente, se houver impedimento da parte ou de seus representante, deve-se cuidar de argüi-lo oportunamente, sem prejuízo de poder ser utilizada a regra do art. 265, parágrafo único, do Cód. de Processo Penal, para a realização da audiência, com defensor substituto, se for o caso.

Nessa matéria, eventuais nulidades dependerão da demonstração de prejuízo.

Inversão da prova

817. Inversão da prova — *v.*

Art. 156 do CPP (inversão do ônus da prova), p. 200.

Prova (inversão), p. 718.

Inviolabilidade

818. Inviolabilidade — de domicílio — *v.*

Art. 150 do CP, p. 180.

Sigilo, p. 761.

819. Inviolabilidade — do Advogado — *v.*

Advogado, p. 43.

820. Inviolabilidade — do membro do Ministério Público — *v.* tb.

Advogado, p. 43.

Advogado — meras expressões descorteses, p. 44.

Ministério Público, p. 652.

Promotor de Justiça, p. 714.

O Supremo Tribunal Federal não reconhece o caráter absoluto do princípio da inviolabilidade das manifestações processuais do Ministério Público (*HC* n. 74.318-ES, rel. Min. Francisco Rezek, j. 17-12-96, 2ª T.; *Informativo STF*, 58), em entendimento parelho ao que mantém em relação à inviolabilidade do advogado.

Jogo do bicho

821. Jogo do bicho — *v.*

Autoria colateral, p. 83.

822. Jogo do bicho — intermediador

"A punição do intermediador, no *jogo do bicho*, independe da identificação do apostador ou do banqueiro" (Súm. n. 51 – STJ).

823. Jogo do bicho — consciência da ilicitude — infração que não é de concurso necessário — *v.* tb.

Ilicitude, p. 528.

No processo pela contravenção do *jogo do bicho* (art. 58 da LCP e art. 58 do Dec.-Lei n. 6.259/44), pode ser imputado ao réu ter em seu poder material próprio para a contravenção, o que é infração penal autônoma (art. 58, § 1º, b, do Dec.-Lei n. 6.259/44), independentemente de estar ele a vender ou não as apostas. Não se exige a presença do banqueiro nem do apostador para integrar a tipicidade do comportamento penalmente relevante, pois o *jogo do bicho*, na hipótese em exame, não constitui infração plurissubjetiva nem de concurso necessário, consoante Súm. n. 51 – STJ (*RJDTACrim*, *19*:118).

824. Jogo do bicho — reprovabilidade penal

Algumas sentenças absolvem o réu pela contravenção penal do *jogo do bicho*, entendendo que o fato não mais tem reprovabilidade penal.

Esse argumento implicitamente encerra a falência do estado de Direito, da lei e da ordem jurídica, pois comete ao Juiz o direito de decidir, pelo seu puro arbítrio, quais leis ele entende mereçam ser aplicadas e quais as que serão descumpridas impunemente.

Ainda que movido por elevados propósitos, quando o Juiz avoca para si o poder de revogar uma lei em vigor, nega seu compromisso e a segurança jurídica do sistema.

Não é tarefa do Poder Judiciário legislar nem revogar o que os legisladores não revogaram, e dizer que não é infração penal o que a lei em vigor diz que é infração penal. O Juiz que o faz aplica a lei às avessas — nega sua aplicação no caso que lhe chega às mãos, invocando como fundamento os casos que não lhe chegam às mãos, ou seja, como não se prendem os banqueiros, nem aqueles que estão por trás dos banqueiros do *jogo do bicho*, então o melhor é a impunidade de todos. Como se, por não se conseguir provas contra o mandante de um crime, deveriam a Justiça e seus agentes deixar em paz, para continuar a cometê-lo, seu executor material.

O meio de corrigir estas distorções é aplicar a lei, e não deixar de aplicá-la, atitude esta que coloca o aplicador da lei numa posição superior a ela, que é a mesma posição em que se colocam os que estão a delinqüir[69].

A lei em vigor sanciona a contravenção penal. Além disso, por não se identificarem os apostadores e os pagadores do prêmio do *jogo do bicho*, não há motivo legal para impunidade dos

---

69. A propósito da importância de o Juiz submeter-se à lei, reportamo-nos a outras passagem em que discutimos a questão (*v.*, especialmente, p. 93 e s. e p. 548 e s. — verbete *Julgamento – decisão contra legem*).

vendedores ou banqueiros, como deixa bem claro o art. 58, § 1º, d, do Dec.-Lei n. 6.259/44. A propósito, vale lembrar a Súm. n. 51 – STJ: "A punição do intermediador, no *jogo do bicho*, independe da identificação do apostador ou do banqueiro".

Embora se possa lamentar que o próprio Estado também explore o jogo (*RJDTACrim*, *2*:79), o ordenamento jurídico vigente só coíbe a prática de jogo *não autorizado* (*v.g.*, arts. 51-8, da LCP). O jogo traz a ilusão do enriquecimento fácil, principalmente aos mais carentes, que gastam do pouco na esperança do muito, quando se sabe que rareiam os premiados. Ao punir a prática de jogos não autorizados, o legislador considerou não só a movimentação ilegal de dinheiro, que não enseja os registros e as fiscalizações contábeis pertinentes nem é acompanhada do recolhimento de encargos sociais, como também, e principalmente, teve em conta a vasta gama de delitos, não raro de maior gravidade que o jogo em si, que decorrem diretamente da exploração contravencional (corrupção da polícia, de políticos e de outras altas autoridades, tráfico de drogas, disputas pelos pontos, estelionatos, roubos etc.).

Não deve ser desestímulo ao aplicador da lei a dificuldade de responsabilizar os contraventores mais hierarquizados na exploração do jogo, nem os empresários e eventuais autoridades que estejam por trás da contravenção, explorando-a, tolerando-a ou de alguma forma dela se beneficiando, seja nas caixinhas para as campanhas eleitorais, seja de qualquer outro modo. Essa mesma dificuldade ocorre em todos os tipos de criminalidade organizada, e longe de consistir pretexto para que Juiz e Promotor neguem seu ofício, é acicate para que trabalhem com mais afinco nos seus misteres, dando sua efetiva contribuição ativa — e não uma mera crítica passiva ao sistema como um todo nos pedidos de arquivamento ou nas sentenças absolutórias — para efetivamente ajudarem a reverter o quadro de desprestígio da lei e da ordem no País. Como se combate o crime: utilizando os efeitos de prevenção geral e especial da pena ou, ao contrário, generalizando a impunidade e dando um *bill* de indenidade do pequeno ao grande contraventor?

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já tem feito essas observações em casos idênticos (*JTACrim*, *92*:366, *96*:94, *100*:274; *RJDTACrim*, *1*:74, *2*:79, *3*:101).

A não se entender assim, estaremos exaltando a prática contravencional, assim como dando o mote para que todos, desde o governante até o cidadão comum, se sintam à vontade para não tomar conhecimento da lei em vigor. Não só desta, que o Juiz ou o Promotor, em seu arbítrio, achem que perdeu a reprovabilidade. Mas qualquer outra lei, a critério do primeiro cidadão.

O prejuízo será da coletividade como um todo.

Choca que o Juiz ou o Promotor desconsiderem aquilo que as leis em vigor afirmam ser ilícito penal. Tanto se erra em só se condenar o pequeno e nada fazer com os grandes, como em não se condenar nem um nem outro, quando o correto é fazer o que está a nosso alcance para corrigir ambas as distorções. E, no caso, corrigir distorção não se começa com ampliar a impunidade. Esse é o caminho para que os grandes também se submetam à lei, como, em passado não muito distante, um presidente da República foi reprovado em julgamento máximo de responsabilidade política (*caso Collor*).

825. Jogo do bicho — sujeitos ativos

JOSÉ DUARTE, invocando a conceituação trazida por VON LISZT, aponta que no *jogo do bicho* temos o que se chama *autoria colateral*, ou seja, "todos que participam do jogo são responsáveis, solidariamente, porque qualquer deles, figurando como autor, empreendedor ou agente, conjunta ou separadamente, está, nessa qualidade, praticando uma contravenção" (*Comentários à Lei de Contravenções Penais*, art. 58, ed. Forense, 1944).

Para DAMÁSIO E. DE JESUS, sujeitos ativos da contravenção do *jogo do bicho* "são o banqueiro, e o apostador ou ponto. *Banqueiro* é o sujeito que, recebendo do apostador ou do ponto o bilhete contendo a aposta do jogo, obriga-se a lhe pagar o prê-

mio em dinheiro que lhe couber em sorteio. *Apostador* ou *ponto*, também chamado *comprador*, é o agente que entrega ao banqueiro ou a seu intermediário a lista ou talão contendo a indicação dos jogos, junto com o valor da aposta" (*Lei de Contravenções Penais anotada*, p. 184, ed. Saraiva, 1993).

Jogo do *bingo*

826. Jogo do bingo — absolvição — *v.* tb.

Art. 171 do CP (pagamento de aposta no *bingo*), p. 249.

Os arts. 50 e 51 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-Lei n. 3.688, de 2 de outubro de 1941), revigorados pelo Dec.-Lei n. 9.215, de 30 de abril de l946, proibiram a prática ou a exploração de loterias e de jogos de azar, assim entendidos aqueles cujo ganho ou perda dependa exclusiva ou principalmente da sorte. Por sua vez, a Lei n. 5.768, de 20 de dezembro de 1971, regulamentada pelo Decreto n. 70.951, de 9 de agosto de 1972, disciplinou a distribuição gratuita de prêmios mediante sorteio, tendo sido posteriormente alterada pela Lei n. 7.691, de 15 de dezembro de 1988.

Segundo constou da exposição de motivos do Dec.-Lei n. 9.215/46 — que restaurou a proibição do chamado *jogo de azar* no País, o escopo do legislador federal, invocando estar atento às tradições sociais e culturais de nosso povo, consistia em vedar os abusos que surgiram, quando das licenças e concessões para a prática e exploração de jogos de azar na Capital Federal e nas estâncias hidroterápicas, balneárias ou climáticas.

Contudo, sem se confundir com o chamado *jogo de azar*, a tradição social e cultural de nosso povo tem admitido, especialmente no interior, a prática de sorteios públicos, por meio de rifas e *bingos*, para angariar fundos para campanhas ou atividades de cunho eminentemente social ou filantrópico. Assim, têm-se realizado sorteios para obter recursos para a construção, reconstrução ou reforma de igrejas, hospitais, creches, educandários, asilos, ou ainda sorteios para a arrecadar fundos para campanhas

de amparo a setores desfavorecidos da população. Tais sorteios sempre foram feitos, seja por efetiva falta de consciência social da ilicitude, seja porque substancialmente inexiste, no sentido verdadeiro e próprio, qualquer semelhança fática ou jurídica entre a hipótese substancialmente vedada pela lei contravencional e a prática benemerente dessas atividades de cunho marcadamente social, que não raro contam com o apoio direto das autoridades locais.

Atualmente, a própria União e o Estado se valem dos sorteios para angariar recursos orçamentários para a consecução de seus fins e para o desempenho de suas obrigações sociais, seja por meio da loteria federal, seja por meio da chamada loteria instantânea.

Verdade é que, à margem da permissão legal, existem outras rifas e loterias que, sobre não estarem autorizadas, ainda estão desprovidas de qualquer vinculação com a destinação filantrópica; estas sim têm merecido a reprovação de nossas Cortes, porque, não raro escondendo-se sob fins caritativos, na verdade, atuam como forma de liberação ou levantamento momentâneo de dinheiro, sem nenhuma vinculação com fins beneméritos ou sociais.

Por isso a jurisprudência, mais consentânea com a vitalidade social e acompanhando as tradições culturais e sociais de nosso povo, tem, nos casos de finalidade socialmente adequada e nobre, atenuado o rigor da lei contravencional, ora isentando o agente de pena (*JTACrim*-Lex, *12*:220), ora absolvendo-o quando inocorra habitualidade (*RT*, *536*:333), ora, com mais razão, negando a própria antijuridicidade do fato (*RT*, *485*:322), ou de qualquer forma excluindo a figura criminal quando as rifas ou jogos, contando com o beneplácito das autoridades locais, tenham objetivo eminentemente nobre (*RT*, *398*:289; *JTACrim*-Lex *43*:360; no mesmo sentido, MARCELO J. LINHARES, Contravenções Penais, v. II, n. 619).

Mas, com o fito de extremar as duas atitudes, socialmente tão díspares, é de toda a conveniência e oportunidade conferir

um tratamento próprio para os sorteios de cunho eminentemente filantrópico, cujo fim não é despertar a cobiça do homem, mas sim, valendo-se do lado lúdico do ser humano, estimular as obras e trabalhos de relevo social, evitados, naturalmente, os abusos que possam ocorrer.

Com efeito, enquanto no comportamento ilícito ora em discussão, o que se procura evitar é o vício econômico eticamente nocivo, par a par com o inescondível objetivo de lucro com exploração do patrimônio dos perdedores, elementos indispensáveis do jogo de azar, — nos demais casos, mais do que aceitação social, inexiste reprovabilidade jurídica no comportamento empreendido, que, seja pelos seus motivos, seja pelos seus fins, em nada se assemelha à primeira hipótese.

827. Jogo do bingo — requisitos

Em precedente aprovado à unanimidade pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo (Pt. n. 37.313/94), em se tratando da prática de *bingo*, o entendimento foi o de que se faz necessário apurar em concreto, caso a caso, se estão sendo cumpridas as exigências da Lei n. 8.672/93, do Decreto federal n. 981/93, do Decreto estadual n. 39.387/94, e da Resolução SF-58, de 11-11-94 (*DOE*, seç. I, 12-11-94).

828. Jogo do bingo — precedentes

Como já fizemos consignar em precedentes do Conselho Superior do Ministério Público paulista (Inquéritos civis Pt. n. 13.514/95 e 37.313/94, ambos de Santos), segundo o art. 57 da Lei n. 8.672/93 — conhecida como *Lei Zico*, "as entidades de direção e de prática desportiva filiadas a entidades de administração em, no mínimo, três modalidades olímpicas, e que comprovem, na forma da regulação desta Lei, atividade e a participação em competições oficiais organizadas pela mesma, credenciar-se-ão na Secretaria da Fazenda da respectiva Unidade da Federação para promover reuniões destinadas a angariar recursos para o fomento do desporto, mediante sorteios de modalida-

de denominada *Bingo* ou similar". O parágrafo único acrescenta caber ao órgão competente de cada Estado normatizar e fiscalizar a realização dos eventos de que trata o artigo.

Essa lei foi regulamentada pelo Dec. federal n. 981, de 11 de novembro de 1993, cujo art. 40 exige, entre outros requisitos, prévia autorização da Secretaria da Fazenda. Outrossim, o parágrafo único desse mesmo artigo assevera que: "os sorteios ou similares realizados fora das condições estabelecidas neste Decreto ficam subordinados aos dispositivos da Lei n. 5.768, de 20 de dezembro de 1971 e do Dec. n. 70.951, de 9 de agosto de 1972, mesmo quando se tratar de entidade desportiva, de administração ou de prática, buscando recursos para o fomento do desporto".

Por sua vez, o art. 43 do Dec. n. 981/93 dispõe: "O total dos recursos arrecadados em cada sorteio terá a seguinte destinação: I — sessenta e cinco por cento para a premiação, incluída a parcela correspondente ao imposto sobre a renda e outros eventuais tributos; II — trinta e cinco por cento para a entidade desportiva autorizada aplicar em projetos ou atividades de fomento do desporto e custear as despesas de administração e divulgação".

Segue o art. 44: "Em qualquer hipótese, a autorização para a realização dos sorteios, de que trata o art. 40 deste Decreto, dependerá de prévia apresentação e aprovação de projeto detalhado para a aplicação dos recursos objetivos, conforme dispõe o inciso II do artigo anterior".

Segundo o art. 45, "Os sorteios mencionados no art. 40 deste Decreto ficam restritos à utilização das seguintes modalidades lotéricas: I — *bingo*: loteria em que se sorteiam ao acaso números de 01 a 90, mediante sucessivas extrações, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo previamente determinado, utilizando processo isento de contato humano que assegure integral lisura aos resultados; II — *sorteio numérico*: sorteio de números, tendo por base os resultados da Loteria Federal; III — *bingo permanente*: a mesma modalidade prevista no inciso I, com

autorização para ser aplicada nas condições específicas neste Decreto; IV — *similares*: outras modalidades previamente aprovadas pelas Secretarias da Fazenda das Unidades da Federação, com aplicação restrita na área de atuação da autoridade que as aprovou".

A seguir, o Dec. estadual n. 39.387, de 14 de outubro de 1994, dispôs sobre a regularização de sorteios destinados a angariar recursos para o fomento do desporto e deu outras providências[70].

Ainda que o jogo se preste à ilusão de multidões que acorram a estádios, em busca de grande ganho fácil mas altamente incerto, em troca da perda praticamente certa de valores nem sempre pequenos e ou de origem fácil — o acerto ou não da liberação legal desse e de outros jogos é do legislador.

Certamente influenciada pela parte do leão que fica com o fisco, a legislação permite hoje o jogo de *bingo* e similares, como também permite a loteria e similares, enquanto veda outros jogos cuja prática é sancionada pela Lei de Contravenções Penais.

Em relação às entidades que explorem jogos rigorosamente dentro da lei, nada resta a fazer; nos casos contrários, devem ser investigadas as eventuais infrações penais ou cíveis ocorrentes.

Com efeito, sob o aspecto penal, a exploração do jogo do *bingo*, fora dos requisitos da legislação citada, configurará contravenção penal; sob o aspecto cível, havendo desvio de finalidade ou não-aplicação das verbas em conformidade com a destinação legal, poderão justificar-se providências na defesa de interesses metaindividuais, mas *sempre caso a caso*, pois não se pode tratar no mesmo expediente a situação das entidades que explorem o jogo regularmente, acobertadas pela autoridade da lei estatal, e a situação das demais entidades, que violem a mesma lei.

---

70. A Resolução SF-58, de 11-11-94 (*DOE*, Seç. I, 12-11-94), regulamentou o procedimento para autorização dos sorteios em questão.

Juiz

829. Juiz — impedimento — *v.* tb.

Impedimentos, p. 529.

Revisão, p. 750.

830. Juiz — o papel do Juiz

É precisa e sempre atual a lição do Min. MÁRIO GUIMARÃES: "deverá o juiz obedecer a lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão de poderes impõe ao aplicador. Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação. Lembremo-nos, ainda uma vez, de que todo poder vem do povo e que o povo cometeu aos membros da assembléia e não a juízes, a tarefa de formular as regras jurídicas que o hão de governar. Admitir possa o magistrado tornar prevalecente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, fora superpor a sua vontade individual a da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários. Os julgamentos do presidente Magnaud ficaram famosos, mas não criaram seguidores nos tribunais" (*O juiz e a função jurisdicional*, p. 330-1, n. 196, Forense, 1ª ed., 1958).

Julgamento

831. Julgamento — nulidade — *v.*

Nulidades, p. 667.

832. Julgamento — decisão *contra legem*

Em ensinamento que partiu de jurista e magistrado modelo, NÉLSON HUNGRIA lembrou que o Juiz "não pode fazer *tabula rasa* da lei, julgando, não pelo que esta ordena, mas pelo que, na sua opinião, deveria ordenar. Pode o magistrado inter-

pretar a norma legal com a preocupação de realizar o que os alemães chamam o *direito justo*, mas tal objetivo deve ser alcançado *com a lei*, e não *contra a lei*. (...) As leis não podem ser privadas de aplicação, sob o pretexto de serem inoportunas ou desacertadas. Não deve ser o juiz um aplicador automático do literalismo da lei, mas um revelador de todo o possível direito que *nela se encerra*, suprindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana. É-lhe vedado, entretanto, *negar* a lei" (*Comentários ao Código Penal*, v. I/88, Forense, 1980).

Como bem observou GERALDO ARRUDA, "o juiz deve julgar não só segundo a lei, mas também com justiça. E, para julgar também com justiça, pode libertar-se das estreitezas da dogmática e avançar na interpretação construtiva da lei, visando a sua integração e ajustamentos à conveniência jurídica. Mas tal criatividade não pode, evidentemente, ser arbitrária, nem chegar ao abuso da interpretação *contra legem*" (*RT*, *606*:282).

Justiça Federal

833. Justiça Federal — competência — *v.*

Competência, p. 409 e s.

Justiça Militar

834. Justiça Militar — *v.*

Competência, p. 407.

Crime militar, p. 445.

835. Justiça Militar — serviço de polícia — competência

"*Habeas-corpus*. Competência. Civis denunciados por crimes de resistência e desacato. Cód. Penal Militar, arts. 177 e 299. A polícia naval é atividade que pode ser desempenhada, igualmente, por servidores civis ou militares do Ministério da

Marinha, de acordo com o parágrafo único do art. 269 do Regulamento para o Tráfego Marítimo (Dec. n. 87.648, de 24-9-82). Crime militar é competência da Justiça Militar, *ut* art. 124, da Constituição de 1988. Relevante, na espécie, é o objeto do crime e não mais a qualidade do sujeito ativo. Compreensão do art. 142, da Constituição de 1988. Sendo o policiamento naval atribuição, não obstante privativa da Marinha de Guerra, de caráter subsidiário, por força de lei, não é possível, por sua índole, caracterizar essa atividade como função de natureza militar, podendo seu exercício ser cometido, também, a servidores não militares da Marinha de Guerra. A atividade de policiamento, em princípio, se enquadra no âmbito da segurança pública. Esta, de acordo com o art. 144, da Constituição de 1988, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por intermédio dos órgãos policiais federais e estaduais, estes últimos, civis ou militares. Não se compreende, por igual, o policiamento naval na última parte da letra *d*, do inc. III, do art. 9º, do Cód. Penal Militar, pois o serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, aí previsto, de caráter nitidamente policial, pressupõe desempenho específico, legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. *Habeas-corpus* deferido, para anular o processo a que respondem os pacientes, desde a denúncia inclusive, por incompetência da Justiça Militar, devendo os autos ser remetidos à Justiça Federal de Primeira Instância, no Pará, competente, *ut* art. 109, IV, da Constituição, por se tratar de infrações em detrimento de serviço da União, estendendo-se a decisão ao denunciado não impetrante" (*HC* n. 68.928-PA, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 19-12-91, p. 18.710, *RTJ*, *138*:569, j. 5-11-91, 2ª T. STF, v.u.).

836. Justiça Militar — súmulas do STJ

"Compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma perten-

cente à corporação, mesmo não estando em serviço" (Súm. n. 47 – STJ) — Derrogação da súmula — *v.* verbete seguinte.

"Compete à Justiça comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais" (Súm. n. 53 – STJ).

"Compete à Justiça comum estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal" (Súm. n. 75 – STJ).

"Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa" (Súm. n. 78 – STJ).

"Compete à Justiça estadual militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à comum pela prática do crime comum simultâneo àquele" (Súm. n. 90 – STJ).

"Compete à Justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço" (Súm. n. 172 – STJ).

837. Justiça Militar — Lei n. 9.299/96 — competência

"Homicídio doloso praticado por um policial militar contra um civil. Superveniência da Lei n. 9.299/96, que reduziu a competência da Justiça Militar, transferindo ao Júri os crimes dolosos contra a vida, cujas vítimas sejam civis. A norma é de índole processual, cuja incidência é imediata" (Pt. n. 21.453/97-PGJ/SP, *DOE*, Seç. I, 21-6-97, p. 13).

"Desprezando a importância que a legislação anterior emprestara ao uso, pelo agente, de armamento da corporação, a Lei n. 9.299/96 revogou a alínea *f*, do inc. II, do art. 9º, do CPM, e, *ipso facto*, recusou valor a esse critério para a atribuição ao crime de natureza militar. Ademais, ao estatuir que, sendo as vítimas civis, são da competência da Justiça comum os crimes dolosos contra a vida, o novo diploma privou-os, implicitamente, de natureza militar, tornando-os delitos comuns, em harmo-

nia, aliás, com o que boa parte da doutrina já ensinava" (Pt. n. 21.453/97-PGJ/SP, *DOE*, Seç. I, 21-6-97, p. 13).

838. Justiça Militar — competência — separação de processos

Em sendo praticados simultaneamente por policial militar crimes de abuso de autoridade e lesões corporais dolosas, há necessária separação dos processo, porque à Justiça estadual comum compete julgar o primeiro delito, e o remanescente, à Justiça Militar (art. 79, I, do CPP; Súm. n. 90 – STJ; Pt. n. 28.250/98 – PGJ, *DOE*, seç. I, 6-6-98, p. 49; Pt. n. 20.636/96 – PGJ, *DOE*, Seç. I, 18-5-96, p. 35).

O parágrafo único do art. 9º do Cód. Penal Militar, introduzido pela Lei n. 9.299/96, tem o seguinte enunciado: *"Os crimes de que trata este artigo* [crime militares, em tempo de paz], *quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum"*. Em vista desse dispositivo, devolve-se ao Tribunal do Júri o conhecimento de delitos para cujo julgamento essa instituição existe.

839. Justiça militar — crime militar — quando não se configura

A hoje revogada alínea *f*, do inc. II, do art. 9º, do Cód. Penal Militar, dispunha ser crime militar, em tempo de paz, aquele praticado por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal".

Segundo anotou José Jesus Cazetta Júnior, ilustre membro do Ministério Público paulista, em estudo forense ainda inédito, "a Lei n. 9.299/96 suprimiu do Cód. Penal Militar seu dispositivo mais polêmico, contido na alínea *f*, do inciso II, do artigo 9º. Desprezou, assim, o relevo que se dera ao emprego, pelo agente, de armamento militar, pondo fim a tormentosas questões práticas, que ainda afligiam os pretórios. Já não interes-

sa, portanto, a quem pertence a arma do crime e, em conseqüência disso, o sujeito ativo, equiparando-se, nessa hipótese, às pessoas comuns, perdeu a perspectiva de escolher o juiz que porventura lhe convenha *(alternativa com a qual, na prática, podia, por vezes, contar)*". Assim, sendo o mesmo jurista, "desprezando a importância que a legislação anterior emprestara ao uso, pelo agente, de armamento da corporação, a Lei n. 9.299/96 revogou a alínea *f*, do inciso II, do artigo 9º, do Cód. Penal Militar, e, *ipso facto*, recusou valor a esse critério para a atribuição ao crime da natureza militar".

Nesse sentido passou a entender a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo: "Conflito de atribuições. IP n. 31/97 (1ª V.C. de São José dos Campos). Suscitante: 5º Promotor de Justiça de S. José dos Campos. Suscitado: 5º Promotor de Justiça Militar. EMENTA: Lesão corporal dolosa praticada por policial militar, fora do exercício das funções, em trajes civis e com o emprego de arma da corporação. Revogação do art. 9º, inc. II, *f*, do Dec.-Lei n. 1.001/69. — A Súm. n. 47 – STJ que atribuía à Justiça Militar a competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos por militar contra civil, com emprego de arma pertencente à corporação, mesmo não estando em serviço, não é mais compatível com a nova redação do art. 9º; do Cód. Penal Militar, que expressamente revogou a alínea *f*. Observo, por outro lado, que o investigado também não agiu *propter officium*, isto é, em razão da função e da condição de policial militar. Decisão: Dirimo o presente conflito negativo de atribuições, declarando caber ao digno Promotor de Justiça de S. José dos Campos o encargo de atuar no feito" (Pt. n. 36.554/97 — Conflito de atribuições — decisão do PGJ, *DOE*, Seç. I, 30-7-97, p. 16).

840. Justiça Militar — razão de ser da competência

Já LABOULAYE perguntava: *não é extravagante que, para um soldado, que assassina ou rouba um paisano, haja um tribunal diferente daquele em que se julga o paisano, que assassina ou rouba a um soldado? É possível que um conselho de guerra seja mais seve-*

ro do que um júri ou que o seja menos; no primeiro caso, tem o direito de queixar-se o réu; no segundo, a vítima. Para um mesmo crime, deve a justiça ser igual para todos; só é possível esta igualdade, sendo, quer os juízes, quer as formas, idênticas para todos os acusados (*Le parti libéral XVI*, cit. por JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal*, 1ª ed., p. 343).

841. Justiça Militar — roubo ou furto de arma militar por civil

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: *Habeas-corpus* — Crime cometido por civil contra o patrimônio da Polícia Militar do Estado. Incompetência absoluta da Justiça Militar Estadual (CF, art. 125, § 4º). Princípio do juiz natural. Nulidade dos atos decisórios proferidos pela Justiça Militar do Estado. Pedido deferido. A Justiça Militar estadual não dispõe de competência penal para processar e julgar civil que tenha sido denunciado pela prática de crime contra a Polícia Militar do Estado. Qualquer tentativa de submeter os réus civis a procedimentos penais persecutórios instaurados perante órgãos da Justiça Militar estadual representa, no contexto de nosso sistema jurídico, clara violação ao princípio constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). A Constituição Federal, ao definir a competência penal da Justiça Militar dos Estados-membros, delimitou o âmbito de incidência do seu exercício, impondo, para efeito de sua configuração, o concurso necessário de dois requisitos: um, de ordem objetiva (a prática de crime militar definido em lei) e outro, de índole subjetiva (a qualificação do agente como policial militar ou como bombeiro militar). A competência constitucional da Justiça Militar estadual, portanto, sendo de direito estrito, estende-se, tão-somente, aos integrantes da Polícia Militar ou dos Corpos de Bombeiros Militares que hajam cometido delito de natureza militar" (*HC* n. 70.604-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 10-5-94, 1ª T., v.u., *DJU*, 1º-7-94, p. 17.497).

Justificação

842. Justificação — cabimento em geral — *v.* tb.

Revisão, p. 741.

Em seus arts. 423 e 513, o Cód. de Processo Penal admite justificação para constituir prova a ser usada em processos por crimes de júri ou crime cometidos por funcionários públicos; contudo, a jurisprudência alargou o cabimento da justificação para constituir prova em qualquer procedimento criminal (*RT*, *507*:414, *469*:339 e *202*:546; *RJDTACrim*, *6*:143; *Jurisprudência Justitia*, 1995, I/220; ainda nesse sentido, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, notas aos arts. 155 e 423, ed. Saraiva, 1991).

843. Justificação — cabimento para fins de revisão criminal — competência — *v.* tb.

Revisão, p. 741.

Tem-se admitido a justificação como procedimento preparatório para posterior ajuizamento de revisão criminal. Aplicando-se analogicamente os arts. 861 e 866 do Cód. de Processo Civil, a sentença que julga a justificação não entra em seu mérito; limita-se a proclamar a observância dos preceitos legais, sendo os respectivos autos entregues ao requerente (*RJDTACrim*, *6*:143).

Registre-se, porém, que “não há oportunidade, na revisão criminal, para a reabertura da instrução para a produção de provas. Se não há prova da inocência alegada, cabe obtê-la mediante justificação”, como observa DAMÁSIO E. DE JESUS (*op. cit.*, notas ao art. 622; cf. ainda *RT*, *622*:261; *JTACrim*, *46*:52). O pedido de revisão não admite a indicação de nova testemunha para prova do alegado, o que deverá ser feito em prévia justificação, sob pena de não-conhecimento do pedido (*RJDTACrim*, 7:241, rel. Gomes de Amorim).

Tratando-se de justificação preparatória de pedido de revisão, a competência para processar a justificação será a do juízo da condenação, não a do juízo da revisão (*RJDTACrim*, *6*:143; *RT, 535*:316; no mesmo sentido, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, nota ao art. 423, ed. Saraiva, 1991).

844. Justificação — recurso cabível contra a decisão que indefere a justificação — *v.* tb.

Recursos, p. 722.

Revisão, p. 741.

É a apelação o recurso cabível contra a decisão que indefere a justificação (*RT*, *469*:339; *489*:345; *RJDTACrim*, *6*:143; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, nota ao art. 423, ed. Saraiva, 1991).

Latrocínio

845. Latrocínio — *v.* tb.

Art. 157, § 3º, do CP, p. 224.

Em se tratando de morte tentada, com subtração consumada, a capitulação do crime é a de tentativa de latrocínio, como já temos sustentado (*RT*, *490*:265).

Lei de Imprensa

846. Lei de Imprensa — *v.*

Crimes contra a honra, p. 448.

Lei n. 5.250/67, p. 560.

Lei n. 1.521/51

847. Lei n. 1.521/51 — *v.*

Crime contra a economia popular, p. 437.

Lei n. 4.729/65

848. Lei n. 4.729/65 — *v.*

Sonegação fiscal, p. 764.

Lei n. 4.771/65

849. Lei n. 4.771/65 (Cód. Florestal) — *v.*

Lei n. 9.605/98, p. 633.

Multa – correção monetária, p. 664.

Multa – leis especiais, p. 667.

850. Lei n. 4.771/65 (Cód. Florestal) — derrogação parcial pela Lei n. 9.605/98 — *v.* tb.

Competência – crime contra a flora ou fauna, p. 411.

Crimes ambientais – competência, p. 447.

Lei n. 9.605/98, p. 633.

O art. 26 do Cód. Florestal (Lei n. 4.771/65) instituiu diversas contravenções penais praticadas em detrimento da flora. A subseqüente Lei n. 9.605/98 erigiu à categoria de crimes diversas condutas ofensivas à flora (arts. 38 e s.).

Ora, como ensinou VICENTE RÁO, a nova lei derroga a anterior "ou por modo incompatível com a disposição antiga, ou criando uma disciplina nova e total, a revelar, inequivocamente, a intenção de substituir uma disciplina por outra" (*O Direito e a vida dos direitos*, vol. I, t. II, n. 254, p. 295, Res. Universitária, 1976).

No caso da Lei n. 9.605/98, nem só não disciplinou ela toda a matéria prevista no Cód. Florestal, como ainda, mesmo na área penal, contentou-se com definir *crimes*, entre os quais algumas infrações contra a flora (arts. 38 e s.). Nada adiantou a Lei n. 9.605/98 sobre eventuais contravenções penais com a mesma objetividade jurídica; nem mesmo revogou por expresso o art. 26

da Lei n. 4.771/65. Desta forma, a derrogação parcial do art. 26 do Cód. Florestal deve ser reconhecida sempre que houver incompatibilidade dessa norma com algum dos tipos trazidos pelos arts. 38 e s. da Lei n. 9.605/98.

851. Lei n. 4.771/65 (Cód. Florestal) — contravenção penal — competência — *v.* tb.

Competência – crime contra a flora ou fauna, p. 411.

Crimes ambientais – competência, p. 447.

Lei n. 9.605/98, p. 633.

As contravenções penais de que cuida o art. 26 da Lei n. 4.771/65, e que não foram transformadas em crimes pelos arts. 38 e s. da Lei n. 9.605/98, continuam excluídas da competência da Justiça Federal (CF, art. 109, IV; *RT*, *673*:364-STJ).

852. Lei n. 4.771/65 (Cód. Florestal) — apreensão de palmito já em conserva — perícia — *v.* tb.

Lei n. 9.605/98, p. 633.

As letras *h* e *i* do art. 26, da Lei n. 4.771/65, descrevem tipos contravencionais que não se subsumem inteiramente no crime do art. 46 e seu parágrafo único da Lei n. 9.605/98, e sancionam a conduta de quem receba ou transporte produtos procedentes de florestas, sem licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deva acompanhar o produto até final beneficiamento.

Muito comum é a apreensão de latas ou vidros com palmitos em conserva, sem rótulo ou marca, e, naturalmente, sem a documentação legal pertinente. Nesses casos, é necessária perícia?

Não havendo controvérsia sobre a apreensão ou sobre a natureza do material apreendido, não há que se determinar perícia a respeito. É a perícia necessária para as infrações penais que deixem vestígio, e, fosse a imputação contra o agente a de ter desmatado vegetação natural, ainda que para extrair palmitos,

por certo a perícia teria de ser feita; não, porém, para comprovar o *recebimento* ou o *transporte* de material que não se contesta fosse palmito, cuja procedência, em tese, é de florestas, salvo se a prove diversamente quem alegue o contrário. Nesse caso, é descabida a perícia, como em precedente análogo já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *pois a ação de receber produto procedente de floresta não é infração que deixe vestígio*, daí porque descabida a perícia (*JTACrim*, *30*:419).

Lei n. 4.898/65

853. Lei n. 4.898/65 — abuso de autoridade — *v.*

Crime comum, p. 436.

Dec.-Lei n. 201/67, p. 467.

Prefeito, p. 697.

854. Lei n. 4.898/65 — abuso de autoridade — pena acessória — prescrição da ação penal — *v.* tb.

Pena acessória, p. 681 e s.

Os §§ 3º a 5º da Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade) estipulam, *como penas autônomas*, as seguintes sanções: *a)* multa; *b)* detenção de 10 dias a 6 meses; *c)* perda do cargo e inabilitação para exercício de outra função pública até 3 anos; *d)* proibição de exercício de funções de natureza policial ou militar no município da culpa de 1 a 5 anos. Desta forma, enquanto não fixada a pena em concreto (art. 110 e §§ do Cód. Penal), a prescrição da ação penal se regula pelo máximo da pena em abstrato (art. 109, III e IV, do Cód. Penal).

855. Lei n. 4.898/65 — abuso de autoridade — competência da Justiça comum

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que compete à Justiça criminal comum processar e julgar o crime de abuso de autoridade, não previsto no Cód. Penal Militar, competência esta

que se estende ao crime de lesões corporais, ainda que os agentes — policiais militares — se encontrem em serviço (CComp n. 2.019-SP, 3ª Seção, v.u., rel. Min. Édson Vidigal, j. 15-8-91, *DJU*, 9-9-91, p. 12.172; precedentes: CComp n. 1.077-SP, rel. Min. Costa Leite, e CComp n. 762, rel. Min. Carlos Thibau).

Esse também tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em reiteração à sua anterior jurisprudência a propósito da regra do art. 144, § 1º, *l*, da Carta de 69, reproduzida no art. 125, § 4º, da Constituição vigente (*RHC* n. 59.444-SP, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 18-6-82; AI n. 142.530-0-SP, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 29-4-92; *RT*, *639*:373).

Lei n. 5.250/67

856. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — *v.*

Art. 144 do CP (pedido de explicações), p. 178.

Crimes contra a honra, p. 448.

Imprensa, p. 530.

Liberdade de expressão, p. 640.

857. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — rejeição da denúncia ou queixa — *v.* tb.

Denúncia – rejeição, p. 478.

Queixa, p. 721.

No sistema da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), contra a rejeição da denúncia ou da queixa, cabe apelação; contra o recebimento da denúncia ou da queixa, cabe recurso em sentido estrito, sem suspensão do curso do processo (art. 44, § 2º).

858. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — supressão da fase do art. 44

No sistema da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), não está o Juiz impedido de indeferir liminarmente a inicial, mesmo

antes do oferecimento da defesa prévia a que alude o art. 44 dessa Lei. Nos casos em que, oferecida a denúncia ou a queixa, desde logo se veja faltar uma das condições da ação ou um necessário pressuposto processual, não teria sentido prosseguir-se até a defesa prévia, providência que só tem cabimento quando a inicial tiver idoneidade, ao menos em tese, para permitir o prosseguimento até essa fase. Assim, por exemplo, se alguém propõe queixa-crime por crime de imprensa contra um morto, ou por infração prescrita, o Juiz pode e deve rejeitar liminarmente a inicial, em vez de ter absurdamente de esperar a defesa prévia.

859. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — decadência do prazo para a queixa — *v.* tb.

Decadência versus *prescrição*, p. 465.

Como temos visto, o decurso do tempo pode inviabilizar a defesa do direito material em juízo, seja pela decadência (extinção do direito), seja pela prescrição (extinção da possibilidade de invocá-lo ativamente em juízo).

Entretanto, o art. 41, § 1º, da Lei n. 5.250/67 estabeleceu uma estranha forma de prescrição de direito, ao dizer que "o direito de queixa ou de representação prescreverá, se não for exercido dentro de três meses da data da publicação ou transmissão". Na verdade, deveria estar cuidando de prazo de *decadência* e não de *prescrição*, pois, no caso, trata-se do direito de exercer ou não a queixa ou representação; se a lei condiciona o próprio exercício do direito a um prazo, a rigor esse prazo seria de caducidade e não meramente prescricional.

O § 2º do mesmo art. 41 dispõe que o prazo de prescrição (*rectius*, de decadência) para oferecimento da queixa ou da representação será interrompido em duas hipóteses: *a)* pelo requerimento *judicial* de publicação de resposta ou pedido de retificação, até que este seja indeferido ou efetivamente atendido; *b)* pelo pedido *judicial* de declaração de inidoneidade do responsável, até o seu julgamento. Na verdade, a Lei de Imprensa aí está dispondo de forma diversa de todo o sistema processual codifi-

cado, porque criou uma verdadeira condição interruptiva da própria decadência.

Suponhamos que, em matéria de violação à Lei de Imprensa, as publicações tidas como ofensivas à honra do querelante tenham ocorrido mais de três meses antes do ajuizamento da queixa, mas, nesse interregno, o querelante tenha formulado um pedido judicial de explicações (Lei n. 5.250/67, art. 25). Estaria interrompida a decadência?

Não. Esse pedido não se confunde com *requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação*, nem com o *pedido judicial de declaração de inidoneidade do responsável* — e só estes teriam a eficácia de interferir no *sui generis* lapso prescricional instituído pela Lei de Imprensa (art. 41, § 2º, da Lei n. 5.250/67).

Por isso, o prazo de decadência ou de prescrição de que cuida o art. 41, § 2º, da Lei n. 5.250/67 não é interrompido pelo pedido de explicações formulado em juízo (nesse sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*; *RT*, *569*:319; *RTJ*, *83*:662).

860. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — prescrição na Lei de Imprensa — aplicação do Cód. Penal

V. tb. verbete anterior

O art. 41 da Lei n. 5.250/67 diz que a prescrição da pretensão punitiva correrá em 2 anos após a data da publicação ou transmissão incriminada. No *caput* desse dispositivo, ao contrário de seus §§ 1º e 2º (que incorretamente também se referem à prescrição, quando, mais propriamente, cuidam de decadência), está a lei a cuidar da prescrição vera e própria.

Suponhamos que, entre a data dos fatos e a publicação da sentença, tenham passado mais de dois anos.

Os termos interruptivos do art. 117 do Cód. Penal aplicam-se à Lei de Imprensa: em matéria de prescrição, a Lei n. 5.250/67 apenas cuida de um prazo prescricional próprio; quanto

ao mais (interrupção da prescrição; contagem por metade; prescrição retroativa etc.), aplica-se subsidiariamente o sistema codificado em vigor, como impõe por expresso o art. 48 da Lei de Imprensa.

Acrescente-se que o art. 10 do Cód. Penal manda aplicar as disposições da parte geral deste estatuto aos crimes punidos em leis especiais, sempre que estas não disponham diversamente. Assim, como a Lei de Imprensa não disciplina as causas de interrupção da prescrição, temos que a interrupção da prescrição dos crimes de imprensa é regulada pelo art. 117 do Cód. Penal.

Em que pesem, pois, os respeitáveis entendimentos em contrário de FREITAS NOBRE e DARCY A. MIRANDA, a doutrina criminal corretamente se inclinou no entendimento de que a prescrição de que cuida o art. 41 da Lei de Imprensa admite interrupção na forma da parte geral do Cód. Penal (MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, v. 2, p. 145, 7ª ed., Saraiva, 1972; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 403, 3ª ed., Atlas, 1986; CARLOS ROBERTO BARRETTO, *Os procedimentos penais na Lei de Imprensa*, p. 48, ed. Saraiva, 1990; NELSON NERY JÚNIOR, *A legitimidade recursal do Ministério Público na ação penal privada e a interrupção da prescrição na Lei n. 5.250/67*, *RT*, *553*:305 e, especialmente, p. 309; SERRANO NEVES, *Direito de imprensa*, p. 436, ed. Bushatsky, 1977; ANTÔNIO COSTELLA, *Direito de comunicação*, p. 183, ed. Rev. dos Tribunais, 1976; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, *Leis especiais*, p. 103, EUD, 1986).

Na mesma esteira é o entendimento dos tribunais, (*RJDTACrim*, *4*:186, *RJDTACrim*, *4*:247-STJ; *RTJ*, *118*:111-STF; *RT*, *676*:384-STF; *RT*, *652*:367-STF Pleno).

861. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — crime de imprensa contra pessoa jurídica — possibilidade

Tem-se admitido a possibilidade de crime contra a honra de pessoa jurídica, na Lei de Imprensa, que terá legitimidade ativa para a queixa (cf. *JTACrim*, *15*:273; *RT, 566*:327; art. 23, III, da Lei n. 5.250/67 — *RTJ*, *193*:578; *76*:6; cf. MIRABETE,

Manual de direito penal, II/141, n. 8.2.4, 6ª ed., Atlas, 1991; *RJDTACrim*, *11*:68).

862. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — capacidade postulatória *versus* legitimidade *ad causam*

Não pode o ofendido, pessoalmente, propor a ação penal por crime da Lei de Imprensa, a não ser se for advogado ou se estiver devidamente representado por advogado, a quem devem ser conferidos poderes especiais para tanto (art. 44 do CPP). Não contraria essa regra o art. 40, I, *c*, da Lei n. 5.250/67, que permite seja a queixa proposta “por queixa do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo”, pois obviamente não está essa lei dispondo sobre capacidade postulatória e sim sobre legitimidade *ad causam*. E a capacidade postulatória é privativa de advogados, salvo as exceções expressas da lei, de que não se cuida no caso (Lei n. 8.906/94, art. 1º, I).

863. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — o direito de resposta independe de existência de crime — *v.* tb.

Art. 144 do CP (pedido de explicações), p. 178.

V., tb., verbete seguinte

O art. 29 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) dispõe que toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação. Seu § 2º acrescenta que a resposta ou retificação deve ser formulada por escrito no prazo de 60 dias da data da publicação ou transmissão, sob pena de decadência.

Suponhamos que, dentro desse prazo, o ofendido formule extrajudicialmente ou em juízo um pedido de explicações (Lei n. 5.250/67, art. 25).

Mesmo que não se tenha proposto tempestiva ação penal contra o responsável pela publicação — e já nem mais seja lícito fazê-lo em vista de eventual decadência, cf. art. 41, § 1º, da Lei de Imprensa — mesmo assim, em tese, o direito de resposta pode permanecer íntegro, se tiver sido exercitado a tempo. Embora o pedido de resposta seja apreciado por um Juiz criminal (arts. 30, § 3º, e 32, § 1º, da Lei n. 5.250/67; cf. *JTACrim*, *71*:367), na sistemática dessa lei, não se exige a prática de crime de imprensa para ensejar a resposta. A lei a garante sempre que a matéria publicada consista em acusação ou ofensa baseada em fato inverídico ou errôneo. Não se exige que a increpação tenha caráter criminoso (art. 29 da Lei n. 5.250/67).

864. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — não há crime da Lei de Imprensa se há mera crítica dura e mordaz ao administrador — *v.* tb.

Crimes contra a honra (debate político), p. 450.

Direito de resposta, p. 484.

Se a reportagem jornalística se limita a publicar um fato verdadeiro — como quando noticia a existência de um denúncia feita por determinada pessoa ou autoridade contra um político ou um administrador, sem entrar no mérito da própria denúncia, nem sustentá-la ou endossá-la, não há porque falar em direito de resposta. Como bem assinala Carlos Roberto Barretto, “No binômio *defesa de quem é ofendido e esclarecimento ao público* reside, pois, toda a pureza do instituto do direito de resposta. Assim, *qualquer que seja a acusação ou ofensa, desde que o fato atribuído seja inverídico ou errôneo, admite-se o direito de resposta. Sendo o fato verdadeiro, descabe o privilégio legal* (*JTACrim*, *80*:542)” (*Os procedimentos penais na Lei de Imprensa*, p. 13, ed. Saraiva, 1990).

865. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — entrevistas à imprensa — legitimidade passiva

Preocupada a Lei de Imprensa em assegurar as duas faces do direito à informação — de um lado, a liberdade de imprensa,

e de outro a responsabilização pelos abusos no seu exercício — impôs um sistema de *responsabilização sucessiva*, mediante o qual se deve chegar a quem eventualmente deva satisfações penais pelo que foi publicado (arts. 37 e 28 da Lei n. 5.250/67).

Diz a lei que, se a notícia ou escrito forem divulgados sem indicação do seu autor, aquele a quem caiba a responsabilidade presumida (art. 28) poderá nomear o autor da notícia ou escrito, juntando o respectivo original e a declaração em que assuma a responsabilidade (art. 37, § 1º).

Nas emissões de radiodifusão — incluindo programas de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas —, se não houver indicação do autor das expressões faladas ou das imagens transmitidas, a responsabilidade será do editor ou produtor do programa, se declarado na transmissão; ou, então, será do diretor ou redator, no caso de programas de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas; ou do diretor ou proprietário da estação emissora, em relação aos demais programas (art. 28, § 1º, da Lei n. 5.250/67).

Com base nestas considerações, numa entrevista transmitida por radiodifusão, tem-se entendido que a responsabilidade penal por eventuais ofensas a terceiros somente caberá ao entrevistado *se tiver dado autorização escrita* para a publicação; caso contrário, a responsabilidade será do repórter, se subscrever a matéria, ou do diretor ou redator (cf. magistério de DARCY ARRUDA MIRANDA, em *Comentários à Lei de Imprensa*, v. II, n. 606, p. 681, ed. Rev. dos Tribunais, 1969; MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Legislação penal especial*, p. 1972, ed. Rev. dos Tribunais, 1972; *v.* tb. artigo de ADALBERTO JOSÉ DE CAMARGO ARANHA, *Da responsabilidade penal pelas ofensas veiculadas através da imprensa e atribuídas à pessoa entrevistada*, *JTACrim*, *61*:15).

É clara a razão de a lei, nesses casos, atribuir a responsabilidade pelo teor das entrevistas ao diretor ou redator. Para não se chegar a um sistema de irresponsabilidade na publicação de entrevistas, que nem sempre exprimem o que o entrevistado

realmente declarou, o diretor ou o redator têm de cuidar para não publicarem matérias ofensivas à honra de terceiros, sob pena de se responsabilizarem pessoalmente, salvo se tiverem autorização escrita do autor da entrevista.

Se, porém, tiver faltado tal autorização escrita, mas se, suponhamos, na própria ação penal que lhe é movida, o próprio entrevistado, como querelado, assume a autoria do teor daquilo que consta ter ele declarado na entrevista?

Nesse caso, não teria sentido finalístico reconhecer a carência de ação por ilegitimidade passiva e fazer afastar do processo criminal o verdadeiro e incontroverso autor das expressões tidas como injuriosas, enquanto se processa o diretor da empresa que as divulgou, mas não as proferiu.

Se o querelado assume a autoria das afirmativas a ele atribuídas em entrevista, ainda que não tenha dado autorização escrita para sua publicação, isso equivale à prova de autoria das assertivas, tão ou até mais idônea que a prévia declaração escrita que autorize sua publicação.

866. Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa — ação pública condicionada

Se as ofensas são feitas a uma pessoa, e a atingem não apenas enquanto cidadão ou mesmo enquanto político, mas sim também e principalmente enquanto autoridade pública, titular de cargo eletivo ou administrativo, e em razão desse cargo ou das funções que exerce, estas condições estarão indissociáveis das ofensas. Assim, se as ofensas se prendem ao modo de exercer o *munus* público do ofendido, ao modo de desempenhar seu cargo ou suas funções, ou a assuntos atinentes à vida pública da querelante, a ação deverá ser pública condicionada (art. 40, *b*, c.c. art. 23, inc. II, da Lei n. 5.250/67).

Além disso, a causa de aumento do art. 23, II, da Lei de Imprensa, deve ser reconhecida quando as ofensas tenham sido proferidas em razão das funções de funcionário público da vítima.

Lei n. 6.368/76

867. Lei n. 6.368/76 — *v.*

Tóxicos, p. 782.

Lei n. 7.891/89

868. Lei n. 7.891/89 — *v.*

Advogado, p. 42.

Defensor dativo, p. 468.

Defesa, p. 469.

Intimação, p. 537.

Prazos, p. 692.

869. Lei n. 7.891/89 — prazo em dobro do defensor público, defensor dativo ou procurador da Procuradoria de Assistência Judiciária

Nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o defensor público ou quem exerça cargo equivalente, tem a prerrogativa de ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas a instâncias, contando com todos os prazos em dobro, inclusive para eventual recurso (art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 7.871/89).

Conclui-se, portanto, que tal regra só beneficia os defensores públicos ou, na sua falta, os procuradores do Estado encarregados da assistência judiciária, e não os Advogados dativos nomeados para a defesa cível ou criminal dos necessitados.

Assim, a regra do art. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/50, com a redação dada pela Lei n. 7.871/89 "é prerrogativa exclusiva da defensoria pública oficial, não podendo ser estendida a outras entidades de assistência jurídica gratuita" (*HC* n. 75.707-SP, STF, j. 16-6-98, *Informativo STF*, 115).

870. Lei n. 7.891/89 — defensor dativo — falta de intimação

"A falta de intimação de defensor público para os atos de instrução probatória constitui nulidade meramente relativa, que se convalida com a ausência de sua oportuna argüição. De qualquer maneira, essa causa de nulidade só pode ser pronunciada quando demonstrada, de modo concreto e real, a ocorrência de prejuízo para o acusado" (*HC* n. 68.952-SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 21-2-92, p. 1.695, *RTJ*, *140*:164, j. 10-12-91, 1ª T. STF, v.u.).

Lei n. 8.072/90

871. Lei n. 8.072/90 — *v.*

Crimes hediondos, p. 460.

Regime da pena, p. 731.

Tóxicos – apelação em liberdade, p. 783.

Tóxicos – art. 14 da Lei de Tóxicos, p. 785.

Tóxicos – crime hediondo, p. 792.

Lei n. 8.137/90

872. Lei n. 8.137/90 — crime contra as relações de consumo — crime culposo

Diz o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, ser crime contra as relações de consumo *vender, ter em depósito para vender ou expor à venda, ou , de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo*. Seu parágrafo único admite a forma culposa desse delito.

Suponhamos que a autoridade policial surpreenda nas prateleiras de um estabelecimento comercial, expostos à venda, produtos nessa condição, como medicamentos com prazo de validade vencido há meses.

Ora, a *mens legis* é a proteção do consumidor pelo alto risco que a conduta vedada representa. Mais do que punir a apenas a *venda* desses produtos, a lei pune também quem *tenha em depósito para venda ou para exposição à venda* de produtos nessas condições. Tratando-se, especialmente, de medicamentos ou alimentos, o rigor da lei é ainda mais justificado, até porque a verificação de validade apenas no ato da venda é sistema muito precário e indesejável, pois que um grande movimento de vendas, se pode dificultar ao próprio comerciante conferir o prazo de validade de estoques, com maior razão dificultará no varejo o controle de cada caixinha de medicamentos ou de cada produto que possam ser vendidos nas horas de pico no comércio.

Por isso é que a lei, para melhor proteção dos destinatários dos produtos, *exige* que o comerciante tenha o cuidado prévio de *sequer expor à venda* produtos impróprios para o consumo humano. E o cuidado do legislador chega ao ponto de punir a conduta não só por dolo, mas até mesmo por culpa, quando tenha havido falta de um dever objetivo de cuidado. E esse poderá ser o caso do comerciante que se descura, até por alegada falta de tempo, do controle de validade de seus estoques, principalmente em produtos que, se em boas condições podem trazer a cura ou a preservação da saúde, em condições inadequadas podem provocar graves danos à saúde e até à vida das pessoas.

873. Lei n. 8.137/90 — crime contra as relações de consumo — prazo vencido — falta de exame pericial

No caso de alimentos ou medicamentos expostos à venda com prazo de validade vencido, seria mister o exame pericial para constatar a imprestabilidade do produto?

Em casos tais, será desnecessário o exame. O Cód. de Defesa do Consumidor estabelece como impróprios ao uso e consumo os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos (art. 18, § 6º, I, da Lei n. 8.078/90).

É o mesmo que ocorre no crime do art. 7º, XI, da Lei n. 8.137/90, que é de perigo presumido ou abstrato, e a infração

penal pode ocorrer independentemente de qualquer resultado — como se dá com os chamados *crimes de mera conduta* (cf. MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Crimes de mera conduta*, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, 1968, p. 81). Nessa ordem de raciocínio, "é suficiente para a caracterização da infração que o agente exponha à venda mercadoria com o prazo de validade vencido. Esse fato, por força do art. 18, § 6º, I, da Lei n. 8.137/90, já consubstancia a impropriedade para o consumo, sendo inexigível, portanto, na hipótese específica, em face da presunção legal que é, como se sabe, absoluta, a realização do exame de corpo de delito" (decisão do Procurador-Geral de Justiça no Pt. n. 12.084/98, *DOE*, seç. I, 23-4-98, p. 41).

874. Lei n. 8.137/90 — crime contra a ordem tributária — ICMS — imposto diferido — venda de gado

Dispõe o art. 1º, da Lei n. 8.137/90, ser crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante diversas condutas, entre as quais, a do inc. IV, a *elaboração, distribuição, fornecimento, emissão ou utilização de documento que saiba ou deva saber ser falso ou inexato*.

No tocante à venda de gado, não raro o agente pratica um expediente fiscal fraudulento, visando a deixar de pagar receita tributária devida ao fisco estadual. Ora, o ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) é um imposto dito diferido, ou seja, deixa de ser recolhido a cada transmissão de propriedade do gado, para ser recolhido pelo comprador final, quando do abate do gado. Visando a suprimir o recolhimento de tal imposto, o agente adquire gado para abate, mas simula uma inexistente venda de gado a terceiro, usando os dados de sua inscrição estadual, simplesmente para elidir o pagamento do ICMS.

Ora, esse documento que visa a suprimir o pagamento de tributo é a emissão da última nota fiscal, elaborada pelo agente.

Lei n. 9.099/95 – art. 67

875. Lei n. 9.099/95 — art. 67 — intimação — *v. tb.*

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

O art. 67 da Lei n. 9.099/95 dispõe que as intimações de que cuida essa lei serão feitas, alternativamente: *a)* por correspondência, com aviso de recebimento pessoal; *b)* tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção; *c)* sendo necessário, por oficial de Justiça, independentemente de mandado ou precatória; *d)* por qualquer meio idôneo de comunicação.

Como a localização pessoal prefere à citação ficta, antes desta deve-se tentar a intimação pessoal: "para a audiência a ser designada, deverá, também, ser tentada a intimação do agente no endereço residencial, e, se não for encontrado pessoalmente, há de ser intimado por edital, com prazo de vinte dias, de acordo com o art. 705, do Cód. de Processo Penal, combinado com o art. 161, da Lei de Execuções Penais, ambos aplicáveis a este caso, na forma do art. 92, da Lei n. 9.099/95, por sua vez combinado com o art. 3º do CPP, a fim de se esgotarem os meios legais para o seu chamamento" (Ap. n. 1.024.943-6, v.u., 4ª Câm. TACrim., 1º-10-96, rel. Oldemar Azevedo).

Lei n. 9.099/95 – art. 69

876. Lei n. 9.099/95 — art. 69 — prisão em flagrante — *v. tb.*

Art. 301 do CPP (prisão em flagrante), p. 298.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Nos feitos de competência do Juizado Especial Criminal, não se imporá prisão em flagrante nem se exigirá fiança ao autor do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado da ocorrência, for imediatamente encaminhado ou ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69 *caput* e parágrafo

único da Lei n. 9.099/95); assim, *a contrario sensu*, deve-se proceder à formalização do auto de prisão em flagrante em desfavor do autor do fato, em vista de sua eventual recusa em comparecer ao Juizado competente[71].

Lei n. 9.099/95 – art. 76

877. Lei n. 9.099/95 — art. 76 — *v.*

Assistente do Ministério Público (intervenção só se recebida a denúncia), p. 394.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Transação penal, p. 796.

878. Lei n. 9.099/95 — art. 76 — art. 79 — momento da transação — *v.* tb.

Preclusão, p. 696.

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89, p. 581.

Nos delitos de que cuida a Lei n. 9.099/95, o momento próprio da transação é na audiência preliminar, antes do oferecimento da denúncia oral (art. 76), ou, no máximo, na audiência de instrução e julgamento, "se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público" (art. 79 da mesma lei).

Com efeito, "a simples leitura do texto legal dá a entender que não se trata aqui de uma segunda tentativa de conciliação, nos casos em que as partes (ou partícipes) não chegaram a uma composição na audiência preliminar, mas sim de uma primeira oportunidade para a transação, quando a ausência de um dos envolvidos, ou outro motivo qualquer inviabilizou as tratativas naquela fase prévia" (ADA P. GRINOVER *et alii*, *Juizados espe-*

71. Nesse sentido foi editada a Portaria DGP-14/96, da Secretaria da Segurança Pública (*DOE*, Seç. I, 17-4-96).

ciais criminais — comentário à Lei n. 9.099/95, Rev. dos Tribunais, 1995, p. 147).

879. Lei n. 9.099/95 — art. 76 — proposta de transação em caso de desclassificação — *v.*

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89, p. 581.

880. Lei n. 9.099/95 — art. 76 — proposta de transação — discricionariedade do Ministério Público — posição do STF — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89, p. 581.

Transação penal, p. 796.

Em que pesem diversos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários em contrário, não poderia mesmo o Poder Judiciário conceder de ofício a suspensão do processo penal ou a transação penal.

Com efeito, o titular do *ius puniendi* é o Estado soberano. Em virtude de sua soberania, o Estado avoca-se o direito de dizer o que é crime (fazendo a lei abstrata) e de punir quem delinqüe (aplicando a lei em concreto).

Para a tarefa de fazer a lei, a Constituição criou os Poderes Legislativo e Executivo, que interagem no processo legislativo; de sua parte, o Poder Judiciário também integra esse sistema de freios e contrapesos, ao exercer o controle *a posteriori* de legalidade e constitucionalidade da norma, por meio da jurisdição penal.

Para assegurar a imparcialidade dos julgamentos, a Constituição impede que a jurisdição penal se movimente de ofício. Assim, para a tarefa de aplicar a lei penal em concreto, a Constituição instituiu o Ministério Público, como órgão estatal autônomo, a quem conferiu *privatividade* na promoção da ação penal pública (art. 129, I) e impôs propusesse sua pretensão

punitiva ao Estado-Juiz (Poder Judiciário), que decidirá sobre a imputação.

O Ministério Público atém-se aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade: *só poderá abster-se de promover a ação penal pública* quando autorizado por lei. E é a própria Constituição que mitiga o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade, ao prever a possibilidade de *transação* nas infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I).

Embora tenha características inconfundíveis com os atos negociais privados, a transação penal não dispensa a aquiescência não só do titular privativo da ação penal (o Ministério Público) como da parte passiva na relação processual (o réu). Se o Ministério Público propuser uma transação que o réu não aceite, seria absurdo que o Poder Judiciário pudesse homologar a *soi-disant* transação, contra a vontade do réu que não transigiu. *Mutatis mutandis*, é o mesmo que ocorre quando o Juiz homologa uma suposta *proposta* de suspensão do processo, se o titular da ação *não tivesse feito proposta alguma* de suspensão ou de transação penal.

Nem se alegue que a transação penal ou a suspensão do processo, de que cuida a Lei n. 9.099/95, seriam direito subjetivo do réu. Se fossem verdadeiros direitos públicos subjetivos e autônomos, o Juiz poderia concedê-los até mesmo se o réu se opusesse, assim como pode absolver um réu que lhe pareça inocente, ainda que confesso... Mas se o ato é transacional, não há direito subjetivo de uma parte em exigir que a outra transija.

A transação penal ou a suspensão do processo penal, de que cuida a Lei n. 9.099/95, não prescindem da concordância do Ministério Público e do réu. E se aquele, fundamentalmente, não a apresenta, ou a faz, mas o Juiz decide em descompasso com ela? *Quid juris?*

É certo que a atuação do Ministério Público deve pautar-se pelo princípio da *discricionariedade regrada*, vale dizer, fará a opção entre a *persecutio* e a despenalização. Assim, ou, de plano,

fará a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, ou, no instante do oferecimento da denúncia optará por uma destas alternativas: *a)* buscará a condenação criminal tradicional (normalmente a pena corporal ou pecuniária); *b)* abrirá mão da atividade persecutória e buscará, de forma conciliatória, a suspensão do processo.

Mas, mesmo que o Promotor de Justiça não aja de forma adequada, não pode o Juiz proceder de ofício na matéria penal.

A questão que se põe é a mesma que ocorreria se o Promotor não oferecesse uma denúncia que deveria ter oferecido: o caminho é dado pela própria lei processual, com revisão hierárquica da omissão ministerial pelo chefe da instituição, aplicando-se analogicamente o art. 28 do Cód. de Processo Penal: nesse sentido, a 12ª Câm. do TACrim, por unanimidade, entendeu de aplicar analogicamente esse dispositivo legal, para que o chefe do *parquet* pudesse oferecer a proposta ou designar outro membro do Ministério Público para oferecê-la, ou, ainda, determinar o prosseguimento do feito (nesse sentido, cf. Aviso n. 374/96-PGJ, *DOE*, seç. I, de 15-8-96).

E o que fazer se também o Procurador-Geral de Justiça se recusar a propor a suspensão do processo ou a transação penal?

Nesse caso, de suspensão ou transação não mais haverá falar. O que restará ao Poder Judiciário é, *opportuno tempore*, proferir a prestação jurisdicional, dizendo sobre a imputação; detentor de parcela da soberania estatal a propósito da imposição do *ius puniendi*, o Poder Judiciário dará prestação jurisdicional de mérito, conforme seja o caso.

Enfim, caso o *parquet* não entenda preenchidos os requisitos mencionados, não há como impingir-lhe a proposta, eis que, cuidando-se de ato consensual, é indispensável a manifestação espontânea de vontade de ambas as partes, não podendo o Estado Juiz substituir-se ao Estado Administração, para o fim de propor a suspensão da ação se esta iniciativa é privativa do titular da ação. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Alçada Cri-

minal de São Paulo sobre a transação penal da Lei n. 9.099/95 — "em se tratando de medida consensual, imperioso existir manifestação de vontade de ambas as partes envolvidas — autor e réu —, competindo ao Magistrado, única e tão-somente, o controle da transação, do ponto-de-vista de assegurar o fiel cumprimento da lei, vale dizer, presentes os requisitos legais, bem como a manifestação de vontade válida das partes envolvidas, ele determina a suspensão condicional do processo, fixando as condições legais, bem como outras que entenda pertinentes" (*HC* n. 204.579-3-0-S. Paulo — 4ª Câm. TJSP, rel. Sinésio de Souza, v.u.).

Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, não estabelece a lei apenas requisitos objetivos para a concessão do benefício. Existem requisitos outros, a que a lei faz referência expressa, na parte final do já art. 89 da Lei n. 9.099/95, de ordem subjetiva, que deve preencher o réu, para que o Ministério Público esteja habilitado a propor a suspensão condicional da ação penal, e este os do art. 77 do Cód. Penal, mais precisamente os do inciso II, que assim vêm descritos: "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizam a concessão do benefício".

Quanto à transação penal, em si, não se quer dizer seja o Juiz mero espectador ou homologador, pois, aceita a proposta ministerial pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Magistrado, que poderá acolhê-la ou não (art. 76, §§ 3º e 4º) ou suspender o processo (art. 89, § 1º). O que não é validamente concedido ao Juiz é o poder de, ausente a proposta ministerial ou a concordância do réu, determinar a imediata aplicação da pena que escolher, ou impor reprimenda não condizente com a aceitação das partes, ou deferir a suspensão do processo contra a vontade dos interessados, assim violando a inércia e a imparcialidade indispensável ao exercício de sua alta função.

Enfim, julgando o *HC* n. 75.343-4-MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria que a proposta

prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95 (e, conseqüentemente, também a prevista no seu art. 76), não é direito subjetivo do réu mas sim ato discricionário do *parquet*, e de sua única iniciativa, em vista da exclusividade constitucional que o Ministério Público detém sobre a promoção da ação penal pública. Desta forma, se o Juiz não concordar com a posição do Promotor de Justiça, restar-lhe-á, analogicamente ao art. 28 do Cód. de Processo Penal, fazer remeter os autos do Procurador-Geral de Justiça, para a manifestação final em nome do *parquet* (*Informativo STF*, n. 92 e 110; *HC* n. 76.439-SP, j. 12-5-98).

881. Lei n. 9.099/95 — art. 76 — execução da pena de multa ajustada na transação penal — *v.*

Lei n. 9.099/95 – art. 76 (não-pagamento da multa), p. 578.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Transação penal, p. 796.

882. Lei n. 9.099/95 — art. 76 — descumprimento da transação pelo autor do fato — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – art. 85, p. 584.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Transação penal, p. 796.

Com base na norma constitucional que admite a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I), o art. 76 da Lei n. 9.099/95 instituiu a possibilidade de o Ministério Público e o autor do fato transacionarem sobre a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas.

O caráter penal dessas medidas não seria obstado por sua natureza consensual, quando é a própria Constituição que admite a transação penal. Nesse sentido, MIRABETE sustentou ter caráter de *sentença condenatória imprópria* o ato judicial que homologa transação (*Juizados especiais criminais*, ed. Atlas, 1997, p. 90). Mesmo admitindo, porém, que as penalidades impostas na

forma do art. 76 da Lei n. 9.099/95 sejam sanções especiais sem caráter penal, tem surgido divergência sobre como proceder quando o autor do fato não cumpre a sanção ajustada.

Tratando-se de multa, alguns autores propugnaram, inicialmente, pela sua conversão em pena privativa de liberdade (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, p. 85, ed. Saraiva, 1995; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 105, 188 e 216, ed. Livr. do Advogado, 1995). Tratando-se de pena restritiva de direitos, outros propugnaram pela conversão em pena privativa de liberdade (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos juizados especiais criminais*, art. 76, p. 71, ed. Saraiva, 1995).

Entretanto, com o advento da Lei n. 9.268/96, que revogou o § 1º do art. 51 do Cód. Penal, não mais cabe conversão de multa penal em prisão, e sim inscrição da dívida e sua execução. E isso sem falar que, para alguns, o próprio art. 85 da Lei n. 9.099/95 se referiria apenas às multas impostas em processo penal condenatório e não às multas consensualmente ajustadas (como, p. ex., DEMERCIAN E MALULY, *Juizados especiais criminais — comentários*, p. 65, Aide, 1996).

Seja de uma ou de outra forma, parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido que, em caso de descumprimento, pelo autor do fato, das penas alternativas, ou em caso de não-pagamento da multa, em violação ao que foi ajustado em transação penal, caberá execução na forma da lei penal (nesse sentido, embora escrevendo antes da Lei n. 9.268/96, já anotava CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 104, ed. Livr. do Advogado, 1995).

Ora, a transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95 tem a finalidade de excluir o processo, e ocorrerá desde que o Ministério Público a proponha, e o autor do fato a aceite sob condição de cumprir pena restritiva de direitos ou pagar multa.

Parece-nos válido o entendimento de que a decisão que homologa a transação penal não produz efeito de extinção da

punibilidade, de que em momento algum cuidou o art. 76 da lei especial; assim, a extinção da punibilidade fica condicionada ao efetivo cumprimento das condições da transação. Não cumpridas as condições, nada mais adequado que entender que *não se reputará extinta a punibilidade*, por interpretação sistemática e *a contrario sensu* das normas contidas nos arts. 84, parágrafo único, e 86 da mesma lei, que cuidam da execução das penas de multa ou restritivas de direito, sem distinguir sua origem (se impostas em transação penal ou em virtude de sentença penal condenatória).

Como salientou a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, ao apreciar um conflito de atribuições, "o consenso implica necessariamente a convergência de vontades: de um lado, o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo); e, de outro, o autor do fato aceita submeter-se a uma multa ou a algumas regras de conduta, que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade. Eventual descumprimento deverá resultar pura e simplesmente no oferecimento da denúncia ou a adoção de procedimento preparatório para tal desiderato. A transação não tem por objeto imediato deixar de punir o suposto autor de uma infração penal, mas sim a não-propositura da ação penal, evitando-se, de maneira secundária, os efeitos deletérios daí resultantes. Nesses termos, a rescisão do acordo não pode resultar na imediata aplicação de pena, mas sim naquilo que foi objeto da transação, ou seja, o processo penal" (Prot. n. 41.907/97, *DOE*, Seç. I, 25-7-97, p. 32).

Diante, pois, da Lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Cód. Penal, o inadimplemento de obrigação pecuniária contraída na conformidade com o disposto no art. 76 da Lei n. 9.099/95 não pode levar à conversão da multa em pena privativa de liberdade, ainda que possa acarretar sua transmudação em restritiva de direitos (*RT*, *739*:633). Isso porque repugnaria ao senso lógico e jurídico que não pudesse ser convertida em prisão a multa imposta como sanção penal no devido processo legal em decorrência do poder coercitivo do Estado, mas o pudesse ser a multa ajustada consensualmente entre as partes no

mesmo processo penal; além disso, seria reconhecer que a inadimplência do pagamento da multa seria sancionada pela ordem positiva com mais gravidade que a própria infração penal que levou à imposição da sanção pecuniária ou à transação penal.

Em suma, é legítimo que órgão acusatório proponha a ação penal, ou retome sua promoção que tinha sido obstada por um acordo que veio a ser inadimplido pelo autor do fato (nesse sentido, Ap. 1.070.239-8 — Caçapava, rel. Silveira Lima, TACrim, m.v., j. 16-10-97, julgamento que acolheu nosso parecer; Ap. 1.072.105-8 — Capital, TACrim; Rec. Sent. Estr. n. 1.082.210-0, TACrim; Ap. 1.072.195-2, TACrim, rel. Osni de Souza).

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89

883. Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89 — transação — momento da suspensão ou transação — realização em segunda instância — desclassificação — *v.* tb.

Crimes contra a honra (inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais), p. 448.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Transação penal, p. 796.

A transação prevista nos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 em regra deve ser feita quando da propositura da ação. Assim, *estando já sentenciado o feito*, não mais é oportuna nem a *transação* de que cuida o art. 76, que deve ser celebrada *quando* da apreciação se é ou não caso de oferecimento da denúncia ("não sendo caso de arquivamento", diz o art. 76 *caput*), nem a *proposta de suspensão do processo* de que cogita o art. 89, pois esta o Promotor de Justiça a faz *ao oferecer a denúncia* e o Juiz a homologa *ao receber a denúncia* (art. 89 *caput* e § 1º).

A essa regra seria possível opor exceções?

A nosso ver, somente por exceção se poderia admitir a aplicação dos arts. 76 ou 89 *depois de sentenciado o feito*, pendente

de apreciação recurso da defesa: *a)* quando, embora cabível em tese a aplicação dessas medidas, não foram estas propostas na fase própria, sem que o réu tivesse contribuído para isso e sem que o Ministério Público tivesse fundamentado sua recusa a propor a transação (ainda que a decisão esteja sob seu critério, a não-propositura da medida não pode ser arbitrária nem, ao revés, fruto de mero esquecimento); *b)* quando sobre a proposta não foram ouvidos *acusado e defensor*, mas somente um deles (art. 89 e § 1º, da Lei n. 9.099/95); *c)* em vista de *desclassificação* operada na sentença, contra a qual não tenha recorrido o Ministério Público, e em razão da qual tenha passado a caber a proposta de transação, que seria inviável em face da classificação originária do crime, constante da denúncia (nesse sentido, Ap. 1.077.807-0, TACrim, j. 16-12-97, rel. Carlos Bueno, nosso o parecer); *d)* conversão em diligência em vista de irregularidades na aplicação da Lei n. 9.099/95 no momento oportuno.

Em sentido contrário também há precedentes que entendem que a transação de que cuida a Lei n. 9.099/95 não pode ser celebrada nos processos já sentenciados (Ap. n. 992.457-7, TACrim, rel. Assumpção Neves, j. 20-6-96; EI n. 1.000.129-3-1, j. em 9-9-96, TACrim, rel. Ricardo Dip, maioria de votos).

Em regra geral, esse entendimento mais restritivo tem sido acolhido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, no *HC* n. 74.305-SP, relatado pelo Min. Moreira Alves, o Plenário do STF afastou a incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/95 nos processos em que já tenha sido proferida sentença condenatória, ainda que sem trânsito em julgado (*Informativo STF*, n. 57). Entretanto, nos casos de desclassificação, essa Corte tem tido entendimento mais flexível. Apreciando a questão da desclassificação do crime, sob a luz da Lei n. 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, no momento da prolação da sentença condenatória, havendo a desclassificação da conduta criminosa imputada ao réu para outra que se enquadre nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 (“*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por*

esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, ..."), deve o Juiz instar o Ministério Público para que se pronuncie a respeito da proposta de suspensão condicional do processo. Com base nesse entendimento, a Corte deferiu *habeas-corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo — que entendera inaplicável o referido benefício porquanto ultrapassada a fase processual a ele correspondente —, para invalidar a condenação penal, mantida, no entanto, a desclassificação operada pelo magistrado de 1ª instância, determinando que se submetesse ao paciente a proposta de suspensão condicional do processo que, na espécie, já tinha sido oferecida pelo Ministério Público (*HC* n. 75.894-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º-4-98, *Informativo STF*, 105).

Lei n. 9.099/95 – art. 82

884. Lei n. 9.099/95 — art. 82 — *v.*

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

885. Lei n. 9.099/95 — art. 82 — apelação contra decisão de rejeição da denúncia ou contra a sentença

Nos processos penais de que cuida a Lei n. 9.099/95, caberá apelação: *a)* da decisão de rejeição da denúncia ou queixa; *b)* da sentença.

O prazo de interposição do apelo é de um decêndio, e a inconformidade deve ser interposta por petição escrita, da qual constem as razões e o pedido do recorrente.

A *mens legis* foi apenas abreviar o rito anterior, quando a apelação, embora interposta em prazo menor, estava sujeita a nova dilação temporal para seu arrazoamento; agora, a interposição e o arrazoamento deverão ficar concentrados num só momento.

Entretanto, o descumprimento desse preceito é mera irregularidade formal, que não deve levar ao não-conhecimento

do recurso já que, pela regra geral do sistema codificado — nesse passo não elidida pela nova lei —, os apelos devem ser conhecidos, *com as razões ou sem elas* (CPP, art. 601).

Essa vinha sendo a posição da jurisprudência, e a nosso ver não há razão para modificá-la, quer se trate de recurso da acusação ou da defesa: a tempestividade de um recurso criminal afere-se *pela sua interposição* e não *pelo seu arrazoamento* (*RT*, *519*:331, *415*:276; *RF*, *238*:295; *HC* n. 54.688-*DJU*, 18-3-77, p. 1.524).

Lei n. 9.099/95 – art. 85

886. Lei n. 9.099/95 — art. 85 — inconstitucionalidade — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 — art. 76 (descumprimento da transação), p. 578.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Multa, p. 656.

Dispõe o art. 85 da Lei n. 9.099/95 que, não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direito, *nos termos previstos em lei*.

Como observa JÚLIO F. MIRABETE, não existe lei que discipline como se faria esta conversão, ou seja, quanto a multa equivale em restrição de direitos. Ora, "um princípio básico de Direito Penal, na Constituição, diz que as penas devem ser determinadas. Considero que a substituição, nos termos em que foi posta na Lei dos Juizados Especiais, fere o princípio da legalidade das penas, previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal. É necessário que a lei penal preveja expressamente a natureza e a quantidade da pena restritiva de direitos em que será convertida a pena de multa" (*Tribuna do Direito*, maio de 1998, cad. de livros, p. 1).

887. Lei n. 9.099/95 — art. 85 — conversão da pena pecuniária em restritiva de direitos — *v.* tb.

Pena, p. 679.

Tem entendido o Supremo Tribunal Federal ser inviável a substituição da pena pecuniária por restritiva de direitos, na forma do art. 85 da Lei n. 9.099/95: “Por ofensa ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX: *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*), à falta de dispositivo que preveja a conversão da pena pecuniária em restritiva de direitos, a Turma deferiu pedido de *habeas-corpus* para restabelecer a decisão de 1º grau, determinando a inscrição como dívida para cobrança judicial, em favor de paciente que teve convertida a pena de multa a que fora condenado (Lei 9.099/95, art. 72) e que deixara de pagar. Entendeu-se que, mesmo não tendo o art. 85 da Lei 9.099/95 (*Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei*) sido revogado pela Lei 9.268/96, que altera dispositivos do Cód. Penal — Parte Geral, subsiste o obstáculo referente à falta de critério legal” (*HC* n. 78.200-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 9-3-99, *Informativo STF*, 141).

Lei n. 9.099/95 – art. 88

888. Lei n. 9.099/95 — art. 88 — representação nos crimes de lesões corporais — *v.*

Art. 129 do CP, p. 166.

Art. 129, § 6º, do CP, p. 168.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

889. Lei n. 9.099/95 — art. 88 — representação — indispensabilidade

Com o advento da Lei n. 9.099/95, a representação passou a condicionar a ação penal pública por crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas, pouco importa esses

crimes estiverem descritos na legislação codificada ou em leis especiais.

"Crime de lesão corporal culposa praticada por soldado da Aeronáutica. Necessidade de representação do ofendido. 1. Os arts. 88 e 91 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099, de 26-9-95), que exigem representação do ofendido para a instauração de processo crime, aplicam-se a todos e quaisquer processos, sejam os que digam respeito às leis codificadas — Código Penal e Código Penal Militar — ou às extravagantes, de qualquer natureza. 2. Recurso em *habeas-corpus* conhecido e provido para anular o processo crime a que foi submetido o paciente recorrente, ressalvando-se, contudo, que poderá o mesmo ser renovado com o aproveitamento dos atos processuais indicados na lei, caso a vítima, devidamente intimada na forma prevista na parte final do art. 91 da Lei n. 9.099/95, ofereça representação no prazo de trinta dias" (*RHC* n. 74.606/MS, rel. Min. Maurício Correa, j. 8-4-97, 2ª T., v.u., *DJU*, 23-5-97, p. 21.755).

890. Lei n. 9.099/95 — art. 88 — art. 90 — vigência imediata

É verdade que o art. 90 da Lei n. 9.099/95, canhestramente, procurou vedar a incidência das novas normas aos processos em curso; contudo, a norma do art. 88 da Lei n. 9.099/95 diz respeito a uma condição de procedibilidade que, em faltando, leva à *decadência* e, portanto, à própria extinção do *ius puniendi*. Assim, trata-se de lei penal, e, como *lex mitior*, tem incidência imediata (CR, art. 5º, XL).

Lei n. 9.099/95 – art. 89

891. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — *v.*

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Transação penal, p. 796.

892. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — proposta de transação em caso de desclassificação — *v.*

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89, p. 573 e 581.

893. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — momento da suspensão — preclusão da oportunidade — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89, p. 581.

Preclusão, p. 696.

O momento adequado para a transação do art. 89 é anterior à instauração da ação penal: "Transação penal (L. 9.099/95): hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa. Transação penal: inaplicabilidade ao processo por crime de abuso de autoridade, que se sujeita a procedimento especial — Lei n. 4.898/65" (*HC* n. 77.216-RO, STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF*, 119).

Entretanto, a jurisprudência tem tolerado a suspensão do processo até mesmo depois da denúncia, mas nunca *depois* de sentença condenatória, tendo chegado ao ponto de negar a aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95 mesmo nas hipóteses em que a sentença venha a desclassificar a imputação original para outra que, em tese, admitisse suspensão. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem entendido incabível aplicar o apreciando a questão da serôdia suspensão do processo, no julgamento do *HC* n. 74.305-SP, relatado pelo Min. Moreira Alves, o Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/95 nos processos em que já tenha sido proferida sentença condenatória, ainda que sem trânsito em julgado (*Informativo STF*, n. 57). Exprimiu a Suprema Corte o entendimento de que a concessão da suspensão condicional do processo tem como limite temporal a prolação de sentença, com ou sem o trânsito em julgado (v. tb. *HC* n. 74.463-0-SP, j. 10-12-96, 1ª T., v.u.,

DJU, 7-3-97, p. 5.402; no mesmo sentido, *v. HC* n. 75.775-SP, j. 23-9-97, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 7-11-97, p. 57.237; *HC* n. 77.877, *Informativo STF*, 133).

Não colheria alegar que a fixação de um termo final, a partir do qual não possa mais ser procedida a suspensão do processo, poderia violar a presunção legal de inocência, pois nem o recebimento da denúncia nem a sentença sujeita a recurso poderiam ser óbice à suspensão do processo. E isso porque não constitui violação ao princípio da presunção da inocência que a lei estabeleça momentos processuais adequados para o exercício de faculdades processuais. Assim, por exemplo, nos crimes contra a honra, a possibilidade de retratação só existe *até antes de proferida a sentença* (art. 143 do Cód. Penal); nos crimes em geral, a atenuante da reparação do dano só pode ser invocada se esta se der *até antes do julgamento* (art. 65, II, *b*, do Cód. Penal).

À mesma índole, nada impede, pois, que o legislador infraconstitucional estipule um termo final para que o Ministério Público e o réu ajustem com o Magistrado a suspensão do processo na forma do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Além disso, é importante anotar que o fundamento da suspensão do processo, de que cuida o dispositivo legal ora em exame, é a *conveniência*, a ser aquilatada pelas partes, de não seguir o processo instaurado contra alguém primário e sem outras investigações criminais em andamento, desde que o processo verse infração penal em que a pena mínima cominada (em tese) seja igual ou inferior a um ano. A suspensão do processo é, pois, um instituto apto a *evitar* o processo, não um instituto que leve a fazer-se todo o processo para, ao fim, *suspender* um processo que já se *ultimou*...

894. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — condições para a suspensão do processo — caráter facultativo da medida

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 cuida de dois tipos de condições para a suspensão do processo: *a)* as *legais*, que são cumulativas e obrigatórias (art. 89, § 1º); *b)* as *judiciais*, que de-

pendem de avaliação em concreto do Magistrado e são facultativas (art. 89, § 2º).

Assim, são condições *obrigatórias*: a obrigação de reparar o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, a proibição de freqüentar determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca onde o agente reside, sem autorização do Juiz, e o comparecimento mensal a juízo.

Especialmente a obrigação de reparar o dano, quando possível, é não só uma das primeiras obrigações, como das mais relevantes, nos crimes que gerem prejuízo, até mesmo pela importância do seu caráter reparatório. Tanto assim, que o descumprimento injustificado da obrigação de indenizar será até causa da revogação da suspensão (art. 89, § 3º). Assim, a fixação da reparação do dano, como condição da suspensão do processo, prevista no inc. I do art. 89 da Lei n. 9.099/95, somente pode ser dispensada na hipótese de inexistência de prejuízo.

Quanto às condições ditas *judiciais*, não dispensam, porém, avaliação das partes, pois tanto para o Ministério Público quanto para o agente, a composição de que cuida o art. 89 da Lei n. 9.099/95 tem caráter facultativo.

Assim, por exemplo, se o Ministério Público entende não merecer o agente a suspensão do processo, no máximo restará ao Juiz socorrer-se analogicamente do art. 28 do Cód. de Processo Penal e solicitar posição final do chefe do *parquet*; e, da parte do réu, se este não deseja a suspensão, nada poderá fazer o Juiz.

Quanto ao réu, pode ele entender que não cometeu crime algum, de forma que creia não dever nada a título de composição a ninguém. Desta forma, muito compreensível que recuse a proposta de suspensão do processo, feita pelo Promotor. Para o réu, pode ser preferível buscar o reconhecimento judicial de sua inocência, a obter a suspensão do processo. O que não é viável é que o Juiz, agindo de ofício, *imponha* uma transação à contrafeita do réu ou do titular privativo da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição), ou ainda dispense condições objetivas que a lei tornou obrigatórias (art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95).

Desta forma, "em se tratando de ato jurídico consensual, é indispensável a existência da manifestação da vontade das partes intervenientes, sendo que ao Magistrado compete, unicamente, a presidência do ato e a aferição da manifestação válida, determinando a suspensão condicional do feito e estabelecendo quais as condições para tanto. Disso se infere que, se o Ministério Público entender que os requisitos não estejam preenchidos, não se viabiliza a imposição da proposta pelo Magistrado" (Ap. n. 1.033.523-7 — Capital, 15ª Câm. do TACrim, rel. Décio Barretti, j. 10-10-96).

Por igual, o Superior Tribunal de Justiça entendeu caber ao Ministério Público a titularidade da proposta de suspensão do processo, tendo, assim, desconstituído o acórdão e a decisão de primeiro grau que tinham concedido suspensão do processo sem a manifestação ministerial (*RHC* n. 5.664-SP, rel. Min. José Arnaldo, *DJU*, 18-11-96). Com efeito, o Ministério Público detém a exclusividade da proposta de transação, cabendo-lhe considerar as demais condições necessárias à concessão do benefício; na eventualidade de recusa do membro do *parquet* em fazê-lo, aplica-se analogicamente o art. 28 do Cód. de Processo Penal (*RHC* n. 5.664/SP, 5ª T. do STJ, *DJU*, 28-11-96; *RHC* n. 5.720-SP, rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª T. do STJ, j. 2-6-97).

Dando solução final à questão, vimos ter sido assim que decidiu o Supremo Tribunal Federal. Julgando o *HC* n. 75.343-4-MG, seu plenário decidiu que a proposta prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95 (e, conseqüentemente, também a prevista no seu art. 76), não é direito subjetivo do réu, mas sim ato discricionário do *parquet*, em vista da exclusividade constitucional que detém sobre a promoção da ação penal pública; desta forma, se o Juiz não concordar com a posição do Promotor, restar-lhe-á, analogicamente ao art. 28 do Cód. de Processo Penal, fazer remeter os autos do Procurador-Geral de Justiça, para manifestação final em nome do *parquet* (*Informativo do STF*, n. 92).

O caráter consensual da suspensão do processo é evidente. Primeiro, porque se trata de medida *transacional*, facultada

pela própria Constituição (art. 98, I); depois, o legislador infraconstitucional exigiu houvesse *proposta* do Ministério Público (art. 89, *caput*) bem como *aceitação* do réu (art. 89, § 7º). Desta forma, tanto seria inadmissível *impor* ao réu uma suspensão que ele recusasse, como desconsiderar a necessidade de *proposta*, que o Ministério Público entendeu de não fazer.

Por isso que a negativa do Ministério Público não pode ser arbitrária. Assim, se o Promotor de Justiça se recusa a propor a transação penal, de que cuida o art. 89 da Lei n. 9.099/95, por entender que o réu não preenche os requisitos necessários para a medida, caberá ao Juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para proceder-se à revisão da posição ministerial, aplicando-se por analogia o art. 28 do Cód. de Processo Penal — isso porque não poderão ser de caráter meramente subjetivo ou puramente abstratos os motivos para que o órgão do Ministério Público se recuse a oferecer proposta de transação (nesse sentido, *RHC* n. 5.720-SP, do STJ, rel. Min. Anselmo Santiago; Cor. Par. n. 223.089-3-2, do TJSP, rel. Des. Dante Busana).

Enfim, embora possa o Ministério Público recusar-se a propor a transação, não poderão ser de caráter meramente subjetivo ou puramente abstratos seus motivos. Preenchidos os requisitos legais objetivos para a medida, deverá o Promotor pautar-se apenas pelas mesmas circunstâncias do caso concreto que autorizariam ou não a suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Cód. Penal (nesse sentido vem sendo o entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, em sucessivos pronunciamentos: Pt. n. 2.669/96, 14.696/96, 15.930/96 — *DOE*, seç. I, 3-4-96, p. 53). Se sua recusa for arbitrária, poderá o Juiz socorrer-se analogicamente do art. 28 do Cód. de Processo Penal, e solicitar manifestação do Procurador-Geral de Justiça.

895. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — descumprimento das condições da suspensão — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – art. 76 (descumprimento da transação), p. 578.

Lei n. 9.099/95 – art. 85, p. 584.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Transação penal, p. 796.

Descumpridas as condições da transação, e se o réu não apresentar justificativa adequada, será caso de insistir-se na continuidade da *persecutio criminis in judicio*.

Nesse caso, como observa JÚLIO F. MIRABETE, "deve-se, de acordo com o princípio do contraditório, ouvir o acusado, que poderá eventualmente justificar a infração (...) Deve o juiz agir com prudência, considerando que a infringência a essas condições nem sempre será grave o suficiente para justificar a revogação" (*Juizados especiais criminais*, p. 167, n. 32.6.2, ed. 1997; no mesmo sentido, cf. Rec. Sent. Estr. n. 1.082.431-5 – Araraquara, j. 6ª Câm. TACrim, 17-12-97).

E se já escoou o prazo do biênio, fixado na transação? Depois de decorrido esse prazo, é possível revogar a suspensão do processo com base em descumprimento das condições da transação, se o descumprimento se deu ainda no curso da suspensão?

Diz a lei que, *expirado o prazo da suspensão do processo sem revogação do benefício, o Juiz declarará extinta a punibilidade* (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95).

Entretanto, à vista do que dispõe o § 4º do art. 89 ("a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta"), está implícito na norma ora em estudo que *o Juiz só declarará extinta a punibilidade se tiverem sido cumpridas as condições e tiver decorrido o prazo da suspensão sem sua revogação*.

Se esse não foi o caso — se o decurso do prazo da suspensão não tiver sido precedido do integral cumprimento das condições da suspensão —, não se declarará extinta a punibilidade.

896. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — repetição da suspensão — suspensão anterior impede nova suspensão do processo?

Em que pese haver respeitável entendimento em contrário (*v.g.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, p. 94, ed. Saraiva, 1995), em nosso modo de ver, se o agente já foi beneficiado com suspensão anterior do processo com base no art. 89 da Lei n. 9.099/95, não mais faz jus à concessão do benefício no processo criminal subseqüente, cuja instauração, aliás, é motivo para revogação obrigatória daquele benefício no feito originário (art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/95).

Com efeito, seria contra-senso que se revogasse a suspensão do primeiro processo pelo fato de o agente estar sendo processado novamente, mas, ao mesmo tempo, se lhe suspendesse o segundo processo. Aliás, se mesmo os que admitem duas suspensões sucessivas afirmam a impossibilidade de duas suspensões condicionais em dois processos *simultâneos* (DAMÁSIO E. DE JESUS, *id. ib.*), por igual razão não se há de admitir duas ou mais suspensões em processos *sucessivos*.

897. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — condenação anterior a pena de multa impede a suspensão do processo?

A condenação anterior a pena de multa impediria a suspensão do processo de que cuida o art. 89 da Lei n. 9.099/95?

Segundo este dispositivo, a suspensão do processo poderá ocorrer desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos do *sursis*.

Mas, já que a condenação anterior somente a pena de multa não seria impeditiva da suspensão condicional *da pena* (CP, art. 77, § 1º, III), entendem alguns que, *a fortiori*, também não deveria ser óbice à suspensão *do processo*.

Com a devida vênia, não nos convence o argumento. Primeiro, porque, ainda que em parte os requisitos para sua con-

cessão sejam comuns, são institutos que não se confundem o da suspensão do processo e o da suspensão da execução da pena. Depois, a Lei n. 9.099/95 quis permitir a suspensão do processo em favor de quem *não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime*. Por último, e principalmente, porque chegaríamos a um contra-senso: um réu que estivesse sendo *processado* por furto não poderia ser beneficiado com a suspensão do processo, mas, se tivesse sido *condenado* pelo mesmo furto a pena exclusivamente pecuniária, poderia receber o benefício...

898. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — condenação anterior ocorrida há mais de 5 anos impede a suspensão do processo?

Uma condenação anterior impedirá para sempre o benefício da suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, ou haverá um limite temporal para que a condenação anterior possa subsistir como fator impeditivo para a suspensão do processo?

Como bem assinalou CEZAR ROBERTO BITENCOURT (*Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 112, ed. Livr. do Advogado, 1995), "em todo o contexto da Lei n. 9.099/95 não aparece nenhuma referência que possa nos socorrer diretamente na solução da primeira questão. Somente em relação à conciliação há uma previsão impeditiva da concessão do mesmo benefício no prazo de cinco anos. Mas esta previsão não nos socorre. Somente uma interpretação sistemática e extensiva poderá nos fornecer elementos para o deslinde da questão. Não será justo impedir *ad æterno* esse novo benefício porque, por exemplo, num passado distante, o acusado já foi condenado por um crime. Somente através do permissivo das normas extensivas, como o art. 92 desta Lei e do art. 12 do Cód. Penal, que recomendam a aplicação subsidiária do Cód. Penal, poderemos encontrar uma solução equânime. Assim, pode-se invocar a previsão do art. 64, I, do Cód. Penal, segundo o qual as condenações com mais de cinco anos não prevalecem para efeitos de

reincidência. Parece-nos que a semelhança de propósitos autoriza a interpretação, para desconsiderar como fator impeditivo da suspensão do processo condenações, cumpridas ou extintas, há mais de cinco anos".

899. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — presunção de inocência

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 somente admite o cabimento da suspensão do processo quando do oferecimento da denúncia e *em favor de quem não tenha outro processo em andamento ou não tenha sido condenado por outro crime*.

Não há quebra alguma do princípio da presunção da inocência, pois a suspensão do processo não supõe primariedade, e sim é medida legislativa de política criminal, estabelecida em favor de quem não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. A norma não infirma a presunção de inocência que continua a existir em favor do réu: enquanto não for ele condenado de forma definitiva, *presume-se inocente*. Pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, o legislador entendeu ser conveniente que se prossiga no processo contra réu que tenha outro feito em andamento, para uma decisão positiva, ou também negativa, sobre a imputação — sem que se veja aí qualquer violação ao princípio da presunção de inocência (nesse sentido, *v.* argumentação de CEZAR ROBERTO BITENCOURT (*Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 111, ed. Livr. do Advogado, 1995).

Assim, pela constitucionalidade do art. 89 da Lei n. 9.099/95 já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (*HC* n. 73.793-5 — Paraná, 2ª T., j. 11-6-96, v.u., rel. Maurício Correa).

900. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — concurso de infrações — réu processado pela prática de mais de um crime

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 permite a suspensão do processo em se tratando de crimes a que se comine *pena mínima igual ou inferior a um ano*, desde que o acusado *não esteja sendo*

processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes outros requisitos da lei.

Trata-se de *vexata quæstio* saber se o concurso de infrações (concurso material, concurso formal ou crime continuado), caso em tese exija a imposição de pena mínima superior a 1 ano, impediria o benefício da suspensão do processo, mesmo que as penas de cada infração consideradas isoladamente não ultrapassem esse limite.

Há respeitável entendimento doutrinário no sentido de que, analogicamente ao art. 119 do Cód. Penal, em caso de concurso de crimes as penas não podem ser somadas para impedir o benefício (*v.g.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, p. 100, ed. Saraiva, 1995). No mesmo sentido a Súm. n. 4/96 da 2ª Procuradoria de Justiça[72]: "No concurso de crimes, as penas cominadas serão consideradas isoladamente, para os fins dos arts. 61 e 89 da Lei n. 9.099/95", e assim se fundamenta esse entendimento: "a pena privativa de liberdade única (aumentada nos limites da lei), no concurso formal e na continuidade delitiva, foi estabelecida pelo legislador para beneficiar o réu. Logo, no exame do cabimento de outras medidas, não é de ser considerada a pena unificada, se lhe puder trazer prejuízo. Devem as respectivas penas, portanto, ser consideradas isoladamente, como, aliás, é a regra do art. 119 do Cód. Penal com relação à extinção da punibilidade. Pondere-se que o entendimento sumulado diz respeito tão-só ao requisito objetivo da quantidade da pena". Ainda no mesmo sentido, formou-se jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: Ap. n. 990.541, 984.371, 1.015.301, 1.022.735, 1.024.243, 1.026.385 e 1.033.863.

Por sua vez, tem-se colocado em posição contrária a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, por motivos que nos

---

72. Aprovada na reunião ordinária de 13-8-96, por v.u. (*DOE*, 28-8-96, Seç. I, p. 22).

convenceram inteiramente: "não vislumbro qualquer semelhança ontológica entre os institutos da suspensão condicional do processo e a prescrição, de molde a ensejar o emprego da interpretação analógica entre eles. Na prescrição, verifica-se objetivamente a perda da pretensão punitiva, pelo decurso do tempo, que aumenta o risco de uma pena injusta, num momento em que o agente, *v.g.*, já se encontra reabilitado. O instituto da suspensão condicional, por outro lado, tem por escopo não a injustiça que o decurso do tempo pode causar, mas sim a menor potencialidade ofensiva da infração e a reprovabilidade da conduta dela emergente. Ora, se para a repressão do delito de estelionato continuado o legislador estabeleceu uma pena abstrata superior a um ano, é porque a conduta praticada, nessas condições, está a merecer maior rigor punitivo, o que, definitivamente, não se verifica na prescrição. Na continuidade delitiva há uma *ficção jurídica* de crime único, que resulta num cogente acréscimo da pena de um sexto a dois terços. Em outras palavras, a pena mínima cominada em abstrato para o estelionato, na sua forma fundamental, deverá, necessariamente, sofrer um aumento de, pelo menos, um sexto, superando aquele limite estabelecido na Lei dos Juizados Especiais" (Pt. n. 18.288/97-PGJ, *DOE*, seç. I, 16-4-97, p. 26).

Nesse sentido, apreciando a matéria, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, havendo concurso de crimes, a eventual suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95 deve levar em conta *a soma das penas mínimas cominadas* aos crimes imputados ao réu: "não faz jus ao benefício da suspensão processual paciente denunciado por concurso de crimes, quando a soma das penas mínimas, quer através do concurso material, quer formal, ultrapasse o lapso de um ano" (*HC* n. 5.141-SP, rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª T., v.u., j. 9-4-97, *DJU*, 2-6-97, p. 23.856; *RHC* n. 6.014-MG, rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., v.u., *DJU*, 3-3-97, p. 9.643; *HC* n. 5.966-RS, rel. Min. José Dantas, v.u., *DJU*, 29-9-97, p. 48.233).

Assim, tratando-se de concurso de crimes, seja concurso material, formal ou crimes continuados, se *a pena mínima comi-*

nada, em qualquer hipótese ultrapassar o limite máximo do art. 89 da Lei n. 9.099/95, isso por si só já afasta a possibilidade da suspensão do processo.

E mais: o próprio art. 89 só admite seja o processo suspenso *se o réu não estiver sendo processado ou não tiver sido condenado por outro crime*, e, no caso de concurso material ou de crimes em continuação, o agente, embora no mesmo processo, está sendo processado por mais de um crime. Ora, se por qualquer razão processualmente relevante, os crimes tivessem sido apurados em processos separados, seria inviável a suspensão dos processos; assim, apenas porque se operou a reunião de processos e todos os crimes passaram a ser apurados numa só autuação e decididos numa só sentença, parece contra-senso que só por isso passe a tornar-se possível o que de outra forma seria vedado.

901. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — crime tentado — como se conta o limite de 1 ano

Em se tratando de tentativa, considera-se a redução máxima possível da pena, para avaliar a possibilidade da suspensão do processo na forma do art. 89 da Lei n. 9.099/95 (*RHC* n. 5.720-SP, do STJ, rel. Min. Anselmo Santiago; no mesmo sentido, *RHC* n. 5.746-SP, STJ, 6ª T.).

902. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — recurso cabível contra a decisão que suspende o processo — *v.* tb.

Art. 366 do CPP, p. 339.

Lei n. 9.271/96 (recursos), p. 609.

Recursos, p. 722.

Qual o remédio processual para impugnar a decisão que suspenda o processo, com base no art. 89 da Lei n. 9.099/95?

Entendem alguns que seria o recurso em sentido estrito *contra a decisão que ordena a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial* (CPP, art. 581, XVI). Entretanto, a questão não parece tão simples, pois a suspensão do processo em vista da

revelia do réu não decide *questão prejudicial*, no sentido que à expressão empresta o Cód. de Processo Penal (arts. 92 a 94); assim, somente com fundamento na analogia, aliás de todo possível em matéria processual, é que seria possível invocar esse dispositivo para embasar a inconformidade recursal.

Entendem outros que seria cabível a apelação *contra decisão definitiva ou com força de definitiva, proferida por juiz singular, contra a qual não caiba recurso em sentido estrito* (CPP, art. 593, II)[73]. Entretanto, a decisão que concede a suspensão do processo, a rigor, não é definitiva nem terminativa, pois, sobre não extinguir o processo, pode ser revogada no curso do prazo da suspensão.

Outros, ainda, sustentam que o mandado de segurança seria o mais indicado, até porque inadequado interpor correição parcial, pois a decisão que suspende o processo na hipótese sob exame não importa em tese inversão tumultuária de atos nem constitui *error in procedendo*, e sim poderia dizer respeito a um *error in judicando*.

Parece-nos que o enquadramento mais razoável é o do recurso em sentido estrito, com fundamento analógico com a figura do art. 581, XVI, do Cód. de Processo Penal, embora, em face das controvérsias que se estabeleceram a respeito, a nosso ver não se deva deixar de conhecer outras vias recursais, acaso escolhidas, diante do princípio da fungibilidade recursal, desde que não tenha havido má-fé nem erro grosseiro.

903. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — suspensão do processo, por transação penal — quando prejudica o *habeas-corpus*

Acordada pelas partes, supervenientemente, a suspensão condicional do processo, na forma do art. 89 da Lei n. 9.099/95,

73. Nesse sentido, *v.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais*, nota ao art. 89, ed. Saraiva, 1995.

podem restar superadas as alegações contidas no *writ*. Nesse caso, terá ocorrido a perda de objeto do *habeas-corpus* (*HC* n. 74.454/RS — rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17-12-96, 1ª T., v.u., *DJU*, 21-3-97, p. 8.507).

904. Lei n. 9.099/95 — art. 89 — recurso contra a decisão que revoga a suspensão do processo — oitiva do réu

Concedida a suspensão do processo, na forma do art. 89 da Lei n. 9.099/95, a revogação do benefício pressupõe sempre a oitiva do réu?

Sem dúvida a revogação do benefício, que traz conseqüências gravosas ao réu, há de ser precedida da intimação do defensor, para, querendo, manifestar-se a respeito. Essa oportunidade deve ser-lhe assegurada. Como observou JÚLIO F. MIRABETE, "deve-se, de acordo com o princípio do contraditório, ouvir o acusado, que poderá eventualmente justificar a infração (...) Deve o juiz agir com prudência, considerando que a infringência a essas condições nem sempre será grave o suficiente para justificar a revogação" (*Juizados especiais criminais*, p. 167, n. 32.6.2, ed. 1997; no mesmo sentido, cf. Rec. Sent. Estr. n. 1.082.431-5 — Araraquara, j. 6ª Câm. TACrim, 17-12-97).

Entretanto, a nosso ver não se tem de intimar *pessoalmente* o réu para justificar o desatendimento a obrigação que ele próprio assumiu, e da qual tinha pleno conhecimento; basta que se intime sua defesa para, querendo, falar nos autos. Cumpre, sim, ao próprio réu, ao descumprir a obrigação assumida, justificar o descumprimento, se é que tem razão para ocorrer; cumpre ao Judiciário assegurar que a defesa tenha oportunidade de falar nos autos antes da revogação da suspensão, para que possa dar as razões de seu conhecimento para eventual justificativa da conduta assumida por seu defendido.

Nem há motivo para invocar analogia aos arts. 705 do Cód. de Processo Penal ou 161 da Lei de Execução Penal, que prevêem oitiva do réu sobre a ausência à audiência admonitória do *sursis*; no caso, o réu já terá comparecido regularmente à ad-

monitória; o descumprimento de seu dever legal ocorreu depois disso. Nem há razão para alegar violação aos arts. 194 e s. da Lei de Execução Penal, seja porque não se trata de questão de execução da pena, seja principalmente porque já se terá assegurado a virtualidade do contraditório, ao dar-se oportunidade de manifestação à defesa, antes da decisão do incidente.

Lei n. 9.099/95 – art. 90

905. Lei n. 9.099/95 — art. 90 — inconstitucionalidade parcial

"ADIn n. 1.719 — rel. Min. Moreira Alves. *Ementa:* Ação direta de inconstitucionalidade. Argüição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei n. 9.099, de 26-9-95, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna). Pedido de liminar. — Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. — Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender, *ex tunc*, sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei" (*Informativo STF*, 95 e 100).

Lei n. 9.099/95 – concurso com crime comum

906. Lei n. 9.099/95 — concurso com crime comum — *v.*

Lei n. 9.099/95 – diversos (concurso – crime comum), p. 604.

907. Lei n. 9.099/95 — concurso com crime comum — crime de menor potencial ofensivo em concurso com crime comum — separação de processos

Quando o agente pratique simultânea ou sucessivamente duas ou mais infrações penais, sendo que uma delas é conside-

rada de menor potencial ofensivo para os fins da Lei n. 9.099/95, e outras delas são infrações comuns, será possível a separação de processo na forma do art. 80 do Cód. de Processo Penal[74].

Vem entendendo a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo que, como decorre de norma constitucional a competência dos Juizados Especiais (art. 98, I, da CF), seria ela improrrogável na esfera infraconstitucional, de forma que, se há concurso entre um crime comum e uma infração penal de competência do Juizado Especial, seria obrigatória a separação de processos, até para viabilizar as providências de composição permitidas na Lei n. 9.099/95 (Pt. n. 17.752/96, *DOE*, Seç. I, 18-5-96, p. 36).

A nosso ver, o raciocínio não seria exatamente esse. A Constituição não estabelece competência exclusiva dos Juizados Especiais sobre tais infrações; além disso, a norma constitucional de competência deve ser regulamentada na esfera infraconstitucional (art. 5º, LIII, da CF — *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*).

Suponhamos que o réu, com uma só ação, cometa dois ou mais crimes em concurso formal, como um homicídio culposo e lesões corporais culposas; há não só unidade lógica como conexidade instrumental ou probatória entre as infrações, a recomendar um só processo, uma só instrução e um só julgamento, até mesmo para evitar decisões contraditórias (CPP, art. 76, III).

Ressalvadas as exceções da lei, em tese é recomendável a reunião dos processos por tais infrações penais, pois tanto a continência como a conexidade importarão unidade de julgamento, decidindo-se a competência pelo critério da pena mais grave (CPP, art. 78). Mesmo no caso de concurso de crimes entre infração comum e infração de menor potencial ofensivo, a reunião de processos nenhum prejuízo trará às partes, muito menos ao

74. Nesse sentido, admitindo a separação de processos em casos que envolvam crime sujeito à Lei n. 9.099/95 e crime comum, cf. Emb. Infr. n. 1.000.129-3-1 – Capital, TACrim, rel. Ricardo Dip, *DOE*, 3-2-97.

réu, porque o processo comum, destinado às infrações mais graves, tem maior dilação probatória, maiores prazos e melhor assegura o princípio constitucional da *ampla defesa*. Já o contrário é que não seria possível: reunir os processos para julgamento também da infração mais grave pelo juízo de pequenas infrações.

Poder-se-ia objetar que, com a reunião de processos, o réu e vítimas poderiam sair prejudicados, pois que não havia oportunidade para composição dos danos, transação ou suspensão do processo. Pelo contrário. Convindo as partes sobre tais pontos, especialmente a transação ou a suspensão do processo, *aí sim e só aí se tornaria obrigatória a separação dos processos*, na forma do art. 80, *in fine*, do Cód. de Processo Penal (*quando, por motivo relevante, repute o juiz conveniente a separação*). Não antes disso.

Mais correto, pois, se nos afigura o ensinamento de DAMÁSIO E. DE JESUS: "havendo concurso entre um crime (ou contravenção) da competência do Juizado Especial Criminal e outro do Juízo Comum, este atrai a infração penal daquele. As duas infrações devem ser julgadas pelo Juízo Comum e não pelo Juizado" (*Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, p. 40, ed. Saraiva, 1996).

Lei n. 9.099/95 – diversos

908. Lei n. 9.099/95 — diversos — *v.*

Crimes contra a honra, p. 448.

Lei n. 9.099/95 – art. 67, p. 572.

Lei n. 9.099/95 – art. 69, p. 572.

Lei n. 9.099/95 – art. 76, p. 573.

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89, p. 581.

Lei n. 9.099/95 – art. 82, p. 583.

Lei n. 9.099/95 – art. 85, p. 584.

Lei n. 9.099/95 – art. 88, p. 585.

Lei n. 9.099/95 – art. 89, p. 586.

Lei n. 9.099/95 – concurso com crime comum, p. 601.

Lei n. 9.099/95 – transação, p. 605.

Lei n. 9.099/95 – vias de fato, p. 608.

Pedido de restituição (perda de arma), p. 676.

909. Lei n. 9.099/95 — diversos — competência por conexão e continência — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – concurso com crime comum, p. 601.

"Tratando-se de continência ou conexão nas hipóteses de crimes comuns, na ausência de norma específica sobre a hipótese dos Juizados Especiais, a competência é determinada pelo juízo competente para processar e julgar o crime mais grave, aplicando-se o art. 78, II, do CPP" (MIRABETE, *Juizados Especiais Criminais*, ed. Atlas, 1997, p. 34).

910. Lei n. 9.099/95 — diversos — menor púbere — direito de queixa e representação — *v.* tb.

Menoridade, p. 651.

O menor entre 18 e 21 anos poderá exercer o direito de queixa, sem assistência de seu representante legal; segundo a Lei n. 9.099/95, o maior de 18 anos poderá, independentemente de assistência, fazer conciliação (art. 8º, § 2º). Assim, a jurisprudência tem admitido possa ele renunciar ao direito de representação de que cuida o art. 88 da Lei n. 9.099/95 (Ap. n. 992.639-2, TACrim, j. 27-11-96).

911. Lei n. 9.099/95 — diversos — conciliação — ausência da vítima

O não-comparecimento da vítima à audiência de conciliação nos Juizados Especiais Criminais é considerado um ônus que, não cumprido, levará à perda da oportunidade de compor-se na ocasião, de forma que, em respeito à autonomia da vonta-

de e em respeito à sua liberdade pessoal, não pode a vítima ser conduzida coercitivamente para o ato (*Juizados Especiais Criminais — comentários à Lei n. 9.099/95*, GRINOVER, SCARANCE E GOMES FILHO, p. 108-9, ed. Rev. dos Tribunais, 1996).

Estudando a matéria, assim anotou ANTÔNIO MÍLTON DE BARROS: "Como a vítima não é encaminhada ao Juizado Especial, pela Polícia, deve ser intimada pela Secretaria para a audiência de conciliação. Para a vítima, o comparecimento à audiência de conciliação é um ônus que, não cumprido, levará apenas à perda da oportunidade de compor-se logo na audiência de conciliação. Não é correto declarar-se extinta a punibilidade, com base no art. 107, V, do Cód. Penal, considerando a ausência da vítima renúncia tácita" (artigo publicado em *Boletim IBCCrim*, n. 57, p. 4, ago. 97).

Lei n. 9.099/95 – transação

912. Lei n. 9.099/95 — transação — *v.*

Lei n. 9.099/95 – art. 76, p. 573.

Lei n. 9.099/95 – art. 76 (descumprimento da transação), p. 578.

Lei n. 9.099/95 – art. 89, p. 586.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Transação penal, p. 796.

913. Lei n. 9.099/95 — transação — a transação penal não é direito do réu

Transação penal, p. 796.

Como demonstrou AFRÂNIO SILVA JARDIM, "quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, está exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral — como na denúncia — fazer uma im-

putação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. (...) Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena. (...) Pelo exposto, fica claro que ao juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao juiz provocar a própria jurisdição. Não pode o juiz acusar o autor do fato de ter praticado uma determinada infração de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação processual assim instaurada teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitório. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal, que, pela Constituição da República, é de exclusividade do Ministério Público. Também descabe dizer que o autor do fato tem direito subjetivo de ser acusado da prática de uma infração de menor potencial ofensivo..." (*Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais*, em *Doutrina*, vol. 2, ed. Instituto de Direito, 1996).

Traçando paralelo com a ação penal privada, que também cuida do *ius puniendi* estatal, AFRÂNIO SILVA JARDIM arremata com razão que, mesmo tendo "o Código de Processo Penal dado a discricionariedade ao ofendido para conceder ou não perdão ao querelado, que também depende de aceitação, jamais se sustentou que tal perdão seria um direito subjetivo do acusado" (*op. cit.*).

914. Lei n. 9.099/95 — transação — renovação da proposta de transação — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

No sistema da Lei n. 9.099/95, há dois momentos para se tentar a conciliação entre o Ministério Público, o autor do fato e a vítima: *a) na audiência preliminar*, antes de oferecida a denúncia, o Juiz esclarecerá os presentes sobre a possibilidade de composição dos danos, sob aceitação pelo autor do fato da proposta ministerial de aplicação imediata de pena não privativa de

liberdade (art. 72); *b) na abertura da audiência de instrução e julgamento*, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, renovar-se-á essa oportunidade (art. 79). Nos dois casos, a tentativa de conciliação deverá anteceder o recebimento da denúncia (arts. 76 e 89).

Falamos acima em dois momentos para tentar a conciliação. Entretanto, cumpre anotar que não é que a proposta deva ser feita duas vezes, e sim, *se não tiver havido possibilidade de fazê-lo na primeira oportunidade* (audiência preliminar), é que *deve ser apresentada na segunda* (audiência de instrução e julgamento). E por que poderia não ter havido tal oportunidade na primeira feita? Isso poderá ocorrer em hipóteses como quando da ausência do autor do fato, da vítima ou do responsável civil pelo dano, ou porque ainda faltasse uma certidão ou uma informação indispensável para levar a bom termo a conciliação.

Se, entretanto, *foi efetivamente feita a proposta de conciliação na audiência preliminar*, e se nessa ocasião *tal proposta foi objeto de recusa* de quem de direito, então a nosso ver não cabe *renovar* a oportunidade de transação, porque, se o ato já foi praticado, operou-se a preclusão consumativa — em que pesem respeitáveis entendimentos que não fazem tal distinção (*v.g.*, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, arts. 72 e 79, ed. Saraiva, 1995; DEMERCIAN E MALULY, *Teoria e prática dos Juizados Especiais Criminais*, p. 97, ed. Aide, 1997) ou a recusam (MAURÍCIO A. RIBEIRO LOPES, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, art. 79, ed. Rev. dos Tribunais, 1995).

Por isso que, com todo o acerto, obtempera CEZAR ROBERTO BITENCOURT: "A tentativa de conciliação é permitida somente uma vez. Se não houve possibilidade de sua tentativa na fase preliminar, antes da abertura formal da audiência de instrução e julgamento, será oportunizado às partes, Ministério Público e acusado, buscarem a conciliação" (*Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 77, ed. Livr. do Advogado, 1995).

915. Lei n. 9.099/95 — transação — não-pagamento da multa — denúncia — *v.*

Lei n. 9.099/95 – art. 76 (descumprimento da transação), p. 578.

Lei n. 9.099/95 – vias de fato

916. Lei n. 9.099/95 — vias de fato — representação para a ação penal na contravenção de vias de fato — *v.* tb.

Art. 21 da LCP, p. 72.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

O art. 88 da Lei n. 9.099/95 transformou em ação pública condicionada o processo por lesões corporais leves e lesões corporais culposas.

Embora se trate de questão controvertida, a nosso ver, *a fortiori*, também deve aplicar-se essa norma ao processo das contravenções de vias de fato (LCP, art. 21) para evitar-se o ilogismo de ser o réu tratado mais severamente por agredir a vítima sem lesioná-la, do que se a tivesse lesionado dolosamente.

Percebendo a situação absurda a que o posicionamento contrário levaria, posto não apontando para a solução por nós defendida, afirmou DAMÁSIO E. DE JESUS que o art. 88 não se estende à contravenção penal, o que "não deixa de ser estranho" (*Lei dos Juizados Especiais Criminais*, nota ao art. 88, p. 86, 1ª ed., Saraiva, 1995).

A nosso ver, porém, mais que estranho, seria incongruente aplicar à hipótese a norma do art. 17 da Lei de Contravenções Penais, segundo a qual é de ação pública o processo penal por todas as contravenções, quando quem comete comportamento mais grave que as meras vias de fato e causa lesões corporais dolosas na vítima, só pode ser processado mediante ação pública condicionada à representação do ofendido. Nesse sentido, foi o entendimento majoritário da 9ª Câm. do Tribunal de Alçada Criminal na Ap. n. 989.635-1, e as decisões unânimes da 16ª

Câm. do TACrim, na Ap. 968.035-4, de Palmeira D'Oeste, rel. Dyrceu Cintra, e da 3ª Câm. do TACrim, na Ap. 1.123.061-7, da Capital, rel. Lagrasta Neto.

Lei n. 9.268/96

917. Lei n. 9.268/96 — *v.*

Art. 117 do CP, p. 162.

Multa, p. 656.

Lei n. 9.271/96

918. Lei n. 9.271/96 — *v.*

Art. 366 do CPP, p. 339.

Revelia, p. 740.

919. Lei n. 9.271/96 — inconstitucionalidade

A Lei n. 9.271/96 alterou diversos dispositivos do Cód. de Processo Penal que diziam respeito à citação. Entre suas modificações mais significativas, a par de permitir algumas providências cautelares, passou a nova lei a impor fique suspenso o processo se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado (CPP, art. 366, com a nova redação).

Entendemos necessário discutir a própria constitucionalidade da lei: poderia ela admitir que, a critério de uma só das partes (o réu), que não seja encontrado ou apenas não queira ser encontrado para ser citado pessoalmente, a outra parte se veja privada do acesso à jurisdição (o órgão estatal *pro populo*)?

Poderia uma lei ordinária impor a uma das partes, unilateralmente, a suspensão do processo — e, conseqüentemente, vedar-lhe o acesso à jurisdição — apenas porque a outra parte pode obstar seu próprio chamamento pessoal a juízo?

A nosso ver, a Lei n. 9.271/96 traz verdadeira denegação de acesso à jurisdição, pois que as providências cautelares (coleta de provas ou decretação de prisão preventiva do réu) nem sempre conseguirão levar à prestação jurisdicional (basta que o réu continue sem ser encontrado). Assim, chegaremos à situação de um processo penal absurdo, com a suposta e *soi-disant* imprescritibilidade eterna da ação — como quer a lei —, ou com prescrição de 20 anos como querem alguns, ou prescrição normal como querem outros, sendo que, nesse ínterim, o titular da pretensão punitiva está impossibilitado de obter a prestação jurisdicional...

Embora vede a Constituição que se exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), a Lei n. 9.271/96 acaba obstando ao acesso à prestação jurisdicional nos casos de revelia ficta. E essa garantia constitucional assegura o direito de obter prestação jurisdicional em decorrência de *lesão* ou *ameaça a direito* — não só a direito *individual* (como na Carta de 69), mas a *qualquer direito* (Constituição de 1988), tanto individuais como coletivos, pois os direitos e garantias do Título II da Constituição não são apenas dos cidadãos, mas sim direitos e garantias fundamentais da vida em sociedade.

Nem se alegue que a Lei n. 9.271/96 não *impediria* o acesso à jurisdição, mas apenas o *condiciona* à citação pessoal do réu. Ao estipular uma condição obstativa, tipicamente potestativa por depender da vontade de apenas uma das partes, está criando a lei infraconstitucional um discrímen que viola a Lei Maior, pois basta que uma das partes *não queira* que haja citação pessoal, inviabilizando-a, e a outra parte *jamais obterá acesso à prestação jurisdicional*, pelo menos *enquanto a outra parte o impedir*.

Ora, convém intensamente à sociedade que não persista indefinidamente uma situação de incerteza, sem qualquer decisão sobre a imputação, assim impedindo não só a absolvição de um inocente, ainda que revel ficto, como a condenação de um culpado, ainda que citado por edital. Como bem observou MAN-

ZINI, "*promuovere l'azione penale non significa necessariamente investire il giudice con um atto che richieda la punizione dell'imputato, ma semplicemente richiedere dal giudice una decisione positiva, o anche* negativa, *sull'imputazione, cioè sulla pretesa punitiva*" (*Trattato di diritto processuale penale italiano*, 4ª ed., v. IV, p. 164, Torino, 1952).

Nem se alegue que a Lei n. 9.271/96, para atender a esses reclamos, instituiu a possibilidade, aliás mais gravosa, da prisão preventiva: inúmeros crimes sequer seriam punidos com medida corporal, de forma que seria contra-senso prender alguém pelo menos (processo), só para se chegar à prestação jurisdicional, quando sequer caberia sanção corporal pelo mais (condenação final pelo crime ou contravenção)...

Afinal, pela Lei n. 9.721/96, uma condição potestativa, sob controle de uma das partes, impede o acesso da outra parte à prestação jurisdicional. Basta que o réu *não queira ser citado*, *não forneça seu endereço*, ou *dele mude sem comunicar às autoridades*, ou *se oculte à citação pessoal* — e lá estará o processo suspenso, com uma sanção tão absurda como a suspensão do processo: a imprescritibilidade do crime, que também a ninguém convém, nem à sociedade e muito menos ao réu.

Mas o mais curioso — se a palavra *curioso* é a mais adequada — é que só se tenham lembrado os inspiradores dessa lei de cuidar da impossibilidade da citação ficta no processo penal. Por que não a instituíram no processo civil também? Seria porque no processo penal estamos lidando com interesses mais graves, quais sejam a liberdade das pessoas, e, por isso, exigiria o processo penal cautelas redobradas na citação? Ora, a nosso ver, o processo penal lida, sim, com interesses muito graves, mas não só os do réu; também os da sociedade, que ficou privada do acesso à jurisdição, quando o réu não seja citado pessoalmente, ainda que não *queira* ser citado pessoalmente. E por que o processo civil permite o prosseguimento, quando haja revelia ficta? Porque não se admite que o indivíduo fique sem acesso à jurisdição caso não se consiga fazer a citação real.

E por que a sociedade pode ficar sem acesso à jurisdição, se a norma constitucional que garante tal acesso é direito e garantia não só individual como da coletividade?

A nós parece que, se a lei processual civil impusesse a suspensão do processo, toda a sociedade se inconformaria; contudo, se a lei processual penal a impõe, bem, isso não incomodará tanta gente... E a defesa social, oras a defesa social...

920. Lei n. 9.271/96 — recurso contra a decisão que suspende o processo — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – art. 89 (recursos), p. 598.

Recursos, p. 722.

Qual o recurso cabível contra a decisão que, com base na Lei n. 9.271/96, suspenda o processo penal instaurado contra o réu revel ficto?

Aos que sustentam ser cabível o recurso em sentido estrito, respondem outros que o art. 581 do CPP não prevê taxativamente em nenhum de seus incisos o cabimento desse remédio para impugnar tal decisão. Entretanto, embora a suspensão do processo em vista da revelia ficta não se trate de *questão prejudicial* no sentido que à expressão empresta o Cód. de Processo Penal (arts. 92 a 94), e, por isso, a rigor não tenha o caso adequação ao inc. XVI do seu art. 581, a verdade é que a jurisprudência, valendo-se da possibilidade do uso da analogia no processo penal (CPP, art. 3º), tem admitido o recurso em sentido estrito na hipótese.

Mas, ainda que de recurso em sentido estrito não se tratasse, e sim de correição parcial, ou ainda de apelação contra decisão com força de definitiva — sempre seria possível externar a inconformidade ainda que por meio de um sucedâneo recursal, pois no sistema processual prevalece o princípio da recorribilidade em geral das decisões que causem gravame. E, no caso, se não tiver havido interposição a destempo, nem erro

grosseiro nem má-fé, o princípio da fungibilidade recursal permitirá o conhecimento do recurso interposto.

921. Lei n. 9.271/96 — interesse para recorrer

Se o Ministério Público recorre da decisão que suspende o processo, na forma da Lei n. 9.271/96, não há falar em ausência de prejuízo da acusação.

Tem o Ministério Público interesse de recorrer, pois a decisão recorrida lhe impede o imediato acesso à prestação jurisdicional, ao criar-lhe um óbice supostamente inaplicável ao caso concreto — matéria que será objeto do mérito do recurso. Com isso, ferem-se seus interesses de repressão ao crime, bem como a garantia constitucional de acesso à jurisdição. E seu interesse de agir é presumido, em vista da legitimação que lhe foi concedida na área penal pela própria Constituição Federal. Com efeito, como advertiu SALVATORE SATTA, "o interesse do Ministério Público é expresso pela própria norma que lhe consentiu ou impôs a ação" (*Diritto processuale civile*, CEDAM, 1967, vol. I, n. 45).

922. Lei n. 9.271/96 — produção antecipada da prova — urgência

Com a atual redação do art. 366 do Cód. de Processo Penal, trazida pela Lei n. 9.271/96, se o acusado for citado fictamente, susta-se o andamento do processo, sem prejuízo: *a)* da produção antecipada da prova que o Juiz considere urgente; *b)* da decretação da prisão preventiva do réu, se atendidos os requisitos do art. 312 do Cód. de Processo Penal.

A pretexto de assegurar a mais ampla defesa, a Lei n. 9.271/96 cerceia o acesso à jurisdição por parte do Ministério Público, pois que, ao bel-prazer do réu, faz sustar o processo movido em relação a ele (*et pour cause* nossos legisladores não cuidaram de fazer a mesma façanha na área civil, pois a grita dos lesados sem acesso à Justiça seria maior).

De qualquer forma, ao mesmo tempo em que admite a suspensão do processo, a própria lei concede a antecipação da produção de provas tidas por urgentes, a serem colhidas na presença do Ministério Público e de defensor dativo.

A urgência na coleta da prova judicial, no mais das vezes, ocorrerá no tocante à prova oral que, pela sua própria natureza, se torna mais imprecisa e esmaecida quanto mais decorre o tempo.

Por isso, corretamente vêm entendendo os tribunais que a Lei n. 9.271/96 introduziu uma hipótese de suspensão da instância, devendo ser sopesado o risco da perda da prova testemunhal quando o réu tiver sido citado por edital. Ora, "se já existe no Cód. de Processo Penal fórmula específica para enfrentar o problema das provas urgentes em causas judiciais cuja suspensão indefinida seja obrigatória, não se percebe a razão para abandoná-la em relação aos acusados revéis, estabelecendo, num único estatuto legal, duas maneiras de solucionar uma situação substancialmente idêntica. Em tal panorama, a oitiva das testemunhas de acusação é a única alternativa legal" (*HC* n. 214.563-3-5, Capital, 6ª Câm. TACrim, v.u., rel. Lustosa Goulart, 19-9-96).

No mesmo sentido, tem-se entendido ser urgente a coleta de prova documental, quando relevante para o deslinde do caso e imprescindível para obviar o risco de fragilizar-se se decorrido grande lapso de tempo para seu colhimento (*RT*, *743*:632-TJSP; *RHC* n. 213.962.3-9, 214.005.3-0 e 214.002.3-6, todos do TJSP; *v.*, tb., *RHC* n. 6.343-SP-STJ).

923. Lei n. 9.271/96 — impossível sobrestamento do processo sem suspensão da prescrição

Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas (*v.g.*, *HC* n. 74.695-SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11-3-97, 2ª T., v.u., *Informativo STF*, 63, ed. 19-3-97, p. 2; *DJU*, 9-5-97, p. 18.130; *HC* n. 75.284-SP, 1ª T., *DJU*, 21-11-97, p. 60.587), a Lei n. 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366, *ca-*

put, do CPP (*se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional*...), porque é mais gravosa para o réu, não se aplica aos crimes cometidos antes do início de sua vigência, submetendo-se à regra da irretroatividade da lei penal (CF, art. 5º, XL). À vista disso, e afirmando serem indissociáveis o sobrestamento do processo e a suspensão da prescrição dispostos na referida lei, a 2ª Turma indeferiu *habeas-corpus* impetrado contra o TACrimSP, afastando a pretensão de aplicação *intermediária* do art. 366 do Cód. de Processo Penal, com a qual se requeria fosse conferida ao paciente a retroatividade da parte benéfica (suspensão do processo), e a irretroatividade da parte a ele prejudicial (suspensão da prescrição).

924. Lei n. 9.271/96 — aplicação aos casos em andamento — *v.* tb.

Lex mitior, p. 633.

Para os crimes praticados antes da vigência da Lei n. 9.271/96, aplica-se a suspensão do processo instituída por este diploma legal?

O sistema vigente no País, antes da Lei n. 9.271/96, admitia o prosseguimento do processo criminal contra o réu revel ficto; a partir de então, a nova lei mandou suspender o processo contra o réu revel ficto, *ao mesmo tempo que se suspendia o curso da prescrição*.

Por força de mandamento constitucional, a nova lei só se aplicaria a fatos anteriores a sua vigência *se fosse mais benéfica para o réu*. E, evidentemente, não o é, já que, pelo sistema anterior, o prazo da prescrição continuaria correndo, enquanto pelo novo sistema a prescrição não corre durante o período em que o processo estiver suspenso.

Assim, alguns respeitáveis entendimentos passaram a sugerir que se combinasse o que há de mais favorável ao réu na lei

velha (o curso do prazo prescricional) com o que lhe traz de mais favorável a lei nova (a suspensão do processo).

Entretanto, a combinação de dois sistemas legislativos diversos levaria à criação de um terceiro sistema, diferente dos dois anteriores. Misturar dois sistemas legais para criar um terceiro não seria, *concessa venia*, *aplicar a lei* e sim *legislar*, ou seja, criar uma nova norma de conduta, que o legislador não criou; ao contrário: ***nenhuma lei vigente permite suspensão do processo sem suspensão da prescrição***. Afinal, a nova lei diz: suspende-se o processo, suspendendo-se a prescrição; e o Juiz diria: suspende-se o processo *não se suspendendo a prescrição*... Seria o mesmo que, sobrevindo uma lei que isentasse de pena o autor de delito patrimonial que reparasse o dano, e viesse o Juiz, no caso concreto, e, a pretexto de aplicar a *lex mitior* só na parte que interessa ao réu, o fizesse por metade, ou seja, isentando de pena o réu (*lex mitior*), mesmo sem a reparação do dano (parte mais gravosa para o réu)...

Além disso, no caso da alteração do art. 366 do CPP pela Lei n. 9.271/96, há um engano em supor que o legislador tivesse estabelecido, num só dispositivo legal, *duas normas* jurídicas, de maneira que o julgador pudesse desdobrar sua aplicação como se fossem duas dicções independentes. Na verdade, o legislador insculpiu *uma única norma, com duas conseqüências*: em face da revelia, suspende-se o processo e suspende-se a prescrição. No caso, não há como desintegrar as duas conseqüências da norma: porque há revelia e se suspende o processo, é que se suspende a prescrição.

Como anota DAMÁSIO E. DE JESUS, "o juiz, nos termos da nova legislação, sobrestando o processo, provoca automaticamente a suspensão do lapso prescricional, proibindo que o feito se dirija à extinção da punibilidade. (...) Logo, o art. 366, nesse ponto, é mais gravoso que o ordenamento legal anterior (*novatio legis in pejus*). Deve ser, por isso, irretroativo por inteiro, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da lei (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único)" (*Boletim IBCCrim*,

n. 42, p. 3). Nesse sentido, é o que têm decidido nossas Cortes, em diversos precedentes (Ap. n. 1.024.393-8, TACrim, 9ª Câm., rel. Samuel Júnior; *HC* n. 213.053-3-0, TJSP, 6ª Câm. Crim., rel. Des. Gentil Leite; Ap. n. 1.019.315-7, rel. José Urban, j. 25-7-96); invocando entendimentos da 1ª e da 2ª Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (*HC* n. 293.688-4 e Ap. 1.019.315-7) sua 15ª Câm. entendeu que os processos que já estavam em curso quando da superveniência da Lei n. 9.271/65, devem prosseguir normalmente, correndo tanto a ação como a prescrição (Ap. 1.031.173-7, rel. Décio Berretti). No mesmo sentido tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ambas suas turmas (*v.g.*, *HC* n. 74.695-SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11-3-97, 2ª T., v.u., *Informativo STF*, 63, ed. 19-3-97, p. 2; *DJU*, 9-5-97, p. 18.130; *HC* n. 75.284-SP, 1ª T., *DJU*, 21-11-97, p. 60.587).

925. Lei n. 9.271/96 — suspensão da prescrição — limites

Com a nova redação que a Lei n. 9.271/96 deu ao art. 366 do Cód. de Processo Penal, suspende-se o processo penal e também a prescrição penal contra o revel ficto sem advogado constituído.

A lei não torna o crime imprescritível; apenas suspende a prescrição enquanto durarem as condições da suspensão, o que é muito diferente de dizer que o crime é imprescritível (Emb. Infr. n. 1.085.339-0-1, TACrim, rel. Nicolino del Sasso, j. 21-10-98).

Surge, porém, a dúvida de saber se haveria algum limite temporal para dita suspensão da prescrição, ou se, nesse ínterim, somente a morte do agente levaria à extinção da punibilidade.

Não prevendo nosso sistema penal a existência de outros crimes imprescritíveis, além daqueles de que cuidou a própria Constituição (CF, art. 5º, XLIV), imperioso concluir que “o limite extremo superior da suspensão da prescrição é o mesmo do art. 109 do Cód. Penal, regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada à infração penal” (DA-

MÁSIO E. DE JESUS, *Boletim IBCCrim*, n. 42, p. 3; nesse sentido, *RHC* n. 7.052, STJ, 5ª Câm., v.u., rel. Min. Félix Fisher, *DJU*, 18-5-98, p. 114).

926. Lei n. 9.271/96 — data incerta do crime — *v.* tb.

Art. 41 do CPP, p. 105.

Suponhamos surja dúvida sobre se o crime foi cometido *antes* ou *depois* da vigência da Lei n. 9.271/96. Considerando-se ser essa lei mais prejudicial ao réu porque lhe impõe a suspensão do processo com a necessária suspensão da prescrição penal, e considerando que essa regra não existia no direito anterior, na dúvida fundada sobre a data dos fatos, a única solução possível, porque mais benéfica ao réu, é aplicar a legislação anterior também quanto a esse crime, pois que, nesse caso, a prescrição penal continua correndo em seu favor (*lex mitior*).

Lei n. 9.430/96

927. Lei n. 9.430/96 — *v.*

Sonegação fiscal, p. 764.

Lei n. 9.437/97

928. Lei n. 9.437/97 — *v.*

Arma, p. 57.

Art. 19 da LCP (vigência), p. 69.

Lei n. 9.437/97 – art. 10, § 3º, IV, p. 624.

Pedido de restituição, p. 674.

Porte de arma, p. 692.

929. Lei n. 9.437/97 — vigência

A Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que instituiu o Sistema Nacional de Armas — Sinarm, estabeleceu

condições para o registro e porte de arma, e criminalizou as infrações a seus dispositivos. Segundo seu art. 10 e seus parágrafos, passou a ser punida como crime, entre outras, as condutas de possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, mas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A nova infração penal derrogou, *no que diz respeito ao fabrico, comércio, detenção ou porte de armas de fogo*, as infrações aos arts. 18-9 e 28 da Lei de Contravenções Penais, que hoje continuam em vigor no tocante às demais armas que não sejam de fogo.

Segundo dispôs o art. 20 da Lei n. 9.437/97, esta lei deveria entraria em vigor "na data de sua publicação, exceto o art. 10, que entra em vigor após o transcurso do prazo de que trata o art. 5º". Por sua vez, o art. 5º da mesma lei assinou que o proprietário, possuidor ou detentor de arma de fogo tinha "o prazo de seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo, a partir da data da promulgação desta lei", para regularizar seu registro, "*na conformidade do regulamento*".

Ora, a Lei n. 9.437/97 veio a ser regulamentada pelo Decreto n. 2.222, de 8 de maio de 1997, publicado no dia imediato.

Assim, surgiram duas correntes a propósito da vigência do art. 10 da Lei n. 9.347/97: *a)* uma, que, à vista da primeira parte do *caput* do dispositivo, sustentou que a vigência do dispositivo que criminaliza o porte de arma e outras condutas afins ocorreu *em seis meses a partir 20 de fevereiro de 1997*, data da promulgação da lei; *b)* outra, que, considerando que esse dispositivo dependia de regulamentação, sustentou que a vigência da norma penal só ocorreu a partir de seis meses contados da publicação do Decreto n. 2.222/97, *em meses a partir de 9 de maio de 1997*.

Ainda que a primeira corrente tivesse obtido prestigiados suportes[75], *concessa venia*, parece-nos ter razão a segunda corrente, ao afirmar a vigência da Lei n. 9.437/97 *a partir de 9 de novembro de 1997*. Isto porque, em que pese ter a primeira parte do art. 5º mencionado que o prazo para a regularização do registro se contava já a partir da promulgação da própria lei, na verdade tal regularização era simplesmente inexeqüível *antes da regulamentação* da lei, prevista no próprio dispositivo. Assim, mais que ilógico, seria mesmo inadmissível já estivesse em curso um prazo cujo termo *a quo* ainda estava necessariamente diferido pela só e bastante omissão do próprio Poder Público, que até 9 de maio de 1997 ainda não tinha publicado o regulamento da Lei n. 9.437/97. Na verdade, e isso não é teoria mas realidade, quem quisesse cumprir a nova ordem legal e regularizar a posse de uma arma após a vigência da Lei n. 9.437/97, somente o conseguiria depois da regulamentação dessa lei.

Mas, ainda que houvesse mera e fundada dúvida sobre o início do prazo de vigência da lei, deveríamos optar pela solução mais benéfica para o agente, até porque, se existe controvérsia até entre os juristas, seria incurial propender pela vigência no prazo mais gravoso (CP, art. 21).

930. Lei n. 9.437/97 — arma de fogo portada dentro de bolsa, no porta-luvas, sob o banco ou no porta-malas do veículo

Quando o porte de arma era apenas infração contravencional, a jurisprudência já vinha entendendo estar presente a infração do art. 19 da Lei de Contravenções Penais ainda quando a arma de fogo fosse levada pelo agente em condições de imediato uso, como em porta-luvas, bolsa ou sob o banco do veí-

75. *V.g.*, a posição da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo (Pt. n. 65.931/97, 69.391/97, *DOE*, seç. I, 20-12-97, p. 36) e precedentes jurisprudenciais (*HC* n. 313.914-1, 2ª Câm. TACrim; *HC* n. 313.296-1, 11ª Câm. TACrim; *HC* n. 312.366-2, 10ª Câm. TACrim).

culo, ou em boléia de caminhão (*RJDTACrim*, *16*:128, *15*:145, *15*:176, 13:94).

Ainda nesse tempo, alguns julgados negavam a presença da infração contravencional quando do transporte de arma de fogo no porta-malas de veículo (*RT*, *541*:397).

Contudo, seja porque uma arma municiada dentro do porta-malas do veículo está ao alcance do motorista em questão de instantes, seja porque a atual Lei n. 9.437/97, em seu art. 10, agora criminaliza não apenas o porte, mas até mesmo o *transporte* de arma sem a devida autorização legal ou regulamentar, temos que hoje o agente que porta ou transporta um arma de fogo, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, está cometendo a infração penal.

931. Lei n. 9.437/97 — eficácia da arma — *v.* tb.

Art. 157, § 2º, I, do CP, p. 216.

Antes da Lei n. 9.437/97, a potencialidade ofensiva da arma apreendida já vinha sendo considerada fundamental para configurar a contravenção do art. 19 da Lei de Contravenções Penais. Tratando-se de infração de perigo, cujo objeto jurídico era a proteção à pessoa, entendia-se que a eficácia da arma integrava a contravenção em tela, tanto que não haveria infração se a arma não estivesse em condições de uso imediato (como o revólver descarregado ou sem cartuchos no coldre a permitir rápido municiamento)[76].

Poder-se-ia dizer que, mesmo descarregado, um revólver seria apto para uma ameaça, desde que a vítima não conhecesse a circunstância. Entretanto, se no crime de roubo a jurisprudência tem admitido que até o simulacro de arma seja considerada *arma* para fins de qualificar a infração[77], o mesmo não se pode dizer quanto à arma de brinquedo ou quanto à arma descarrega-

---

76. *RT*, *514*:384, *492*:355, *486*:319, *v.g.*

77. *V.* verbete *Art. 157, § 2º, I, do CP*, a p. 216.

da, quando se tratasse de contravenção do art. 19 da Lei de Contravenções Penais, ou agora do crime do art. 10 da Lei n. 9.437/97, que têm objetividade jurídica diversa do roubo.

E a razão da distinção é a seguinte. Enquanto no crime de roubo a arma de brinquedo ou descarregada muitas vezes serve para eficaz subjugação da vítima, vencendo-lhe ou impedindo-lhe qualquer resistência e permitindo ao agente o livre atentado ao patrimônio (como ocorre com a arma real e devidamente municiada), já na contravenção de porte de arma, o perigo à própria pessoa (bem jurídico primordialmente protegido no Cap. I da Parte Especial da LCP) só estará efetivamente presente se se tratar de arma real, em condições de uso. E, tendo a Lei n. 9.437/97 criminalizado a conduta de porte de arma de fogo, não nos parece tenha mudado sua objetividade jurídica.

Nem se argumente, enfim, que, se a Lei n. 9.437/97 sanciona até quem utilize, em certas circunstâncias de arma de brinquedo ou simulacro de arma — que notoriamente não têm capacidade vulnerante (art. 10, § 1º, II) —, pouco importaria para os fins dessa lei que o agente portasse um revólver descarregado, ainda que verdadeiro: se a lei pune até a posse da arma de brinquedo, com maior razão deveria ser punido quem porta arma de verdade, ainda que descarregada. Entretanto, esse argumento deve ser recebido com reservas, porque o que se pune no art. 10, § 1º, II, não é a potencialidade vulnerante do instrumento, que inexiste, pois o simulacro sequer é arma própria ou mesmo imprópria; o que se pune é o fato de o agente estar a usar desse simulacro, capaz de atemorizar outrem, *para o fim de cometer crimes*.

Assim, a nosso ver, o art. 10 da Lei n. 9.437/97, em qualquer de suas hipóteses, não alcança a posse ou o transporte de uma arma, ainda que verdadeira, desde que, desmontada, descarregada e sem condições de uso efetivo, não esteja sendo portada pelo agente para o fins intimidativos, com o fito de cometer crimes.

932. Lei n. 9.437/97 — porte de arma em concurso material com disparo de arma de fogo — *v.* tb.

Princípio da consunção, p. 704.

A lei pune tanto o porte de arma de fogo como seu disparo em lugar habitado (Lei n. 9.437/97, art. 10 e § 1º, III).

Se o agente, por exemplo, portando a arma sem autorização legal, dela se vale para fazer disparos em via pública, terá preenchido os dois tipos penais. As duas infrações penais, ainda que situadas no mesmo contexto e mantendo entre si conexidade probatória, são, porém, essencialmente distintas, pois uma não está contida no elemento do tipo da outra, nem uma é meio necessário para a prática da outra. Com efeito, nada impediria, em tese, que o agente: *a)* embora tendo porte legal da arma, indevidamente a disparasse em lugar habitado; *b)* não tendo porte legal da arma, a portasse sem efetuar disparo com ela; *c)* portasse a arma, sem dela ter o porte, e também a disparasse em local habitado; *d)* de dentro de sua casa, disparasse a arma em direção à via pública. Todas essas são ações distintas, que não se absorvem.

Desde antes da Lei n. 9.437/97, quando o porte de arma já era tratado em dispositivo contravencional diverso do disparo de arma de fogo (LCP, arts. 19 e 28), não nos era desconhecida a posição jurisprudencial favorável à absorção da infração de porte de arma pela do disparo da arma de fogo (*v.g., RT*, *664*:299, *508*:379; em sentido contrário: *RT*, *454*:399). Contudo, *concessa venia*, temos que não deviam nem devem tais infrações ser consideradas unitariamente.

Vejamos a questão sob a luz da legislação atual. O crime do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97 (posse ou porte da arma), *não é meio necessário para o cometimento do crime de seu art. 10, § 1º, III* (disparo da arma), pois nada obstaria a que o agente, mesmo tendo licença para portar arma fora de casa, dela se valesse para efetuar disparos em via pública, ou que o agente, tendo licença para possuir a arma em domicílio, a usasse para fazer disparo em direção à via pública — caso em que estaria a cometer apenas

uma das duas infrações (só o disparo). Mas, se, além do disparo houve porte indevido, teremos a realização dos dois tipos penais. Depois, a recíproca também é verdadeira: é possível portar a arma fora de casa, sem dispará-la. Essas duas situações demonstram a independência fática, lógica e jurídica entre as infrações.

Lei n. 9.437/97 – art. 10, § 3º, IV

933. Lei n. 9.437/97 — art. 10, § 3º, IV — "possuir condenação anterior" — *v.* tb.

Porte de arma (vigência etc.), p. 692.

O inc. IV do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.347/97 dispõe que incorre nas penas de 2 a 4 anos de reclusão e multa quem "possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins".

Descartada de plano a absurda possibilidade de estar esse inciso a criar um novo tipo penal autônomo, já que a norma quer na verdade instituir mera causa de aumento de pena para os comportamentos tipificados no *caput* ou no § 1º do art. 10, temos que buscar seu verdadeiro alcance.

Em primeiro lugar, quer a norma alcançar não o *reincidente*, no sentido que à expressão empresta o Cód. Penal (art. 63), e sim aquele que *tenha sofrido* (e não "possua", *sic*) condenação anterior, mesmo mais antiga que o qüinqüênio previsto no art. 64, I, do Cód. Penal, mas desde que essa condenação tenha transitado em julgado para o réu, para não se ferir a presunção constitucional de inocência.

O passo interpretativo seguinte é o mais delicado. Consiste em identificar as hipóteses, aparentemente tão simples, em que se faz o aumento da pena para quem *tenha sofrido* condenação anterior por crime *contra a pessoa*, *contra o patrimônio* e *por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*.

A dificuldade consiste em que, de forma geral, esse rol não inclui figuras típicas isoladas, e sim diz respeito a meros *gêneros* de

crimes, em cujas categorias se inserem vários tipos penais. Assim, entre os crimes *contra a pessoa*, temos desde o homicídio doloso a lesões corporais culposas de trânsito, injúrias e até mesmo violação de segredos... Entre os crimes *contra o patrimônio*, temos desde o roubo à mão armada a pequenas fraudes, como tomar refeição em restaurante sem dispor de recursos para o pagamento... Apenas, com um esforço interpretativo, seria possível concluir que, ao se referir o dispositivo em análise aos crimes *de tráfico ilícito de drogas*, deve a lei estar querendo alcançar mais precisamente o comércio propriamente dito da droga, indicado pela figura do art. 12 da Lei n. 6.368/76, e não figuras ainda que conexas como o tráfico, tal como a fabricação, a guarda, a venda ou o fornecimento de maquinismos e outros objetos destinados à fabricação ou preparação de entorpecentes, ou como a mera associação para a prática desses crimes, ou como a prescrição culposa de medicamentos entorpecentes (arts. 13 a 15 da Lei n. 6.368/76).

Pelo princípio da razoabilidade (o *logos del razonable* de que falou RECASÉNS SICHES), a nosso ver a *mens legis* do inc. IV do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.347/97 está em punir mais gravemente a posse ou o porte de arma se praticados por quem já tenha condenação anterior por crime contra a pessoa ou contra o patrimônio, desde que e somente se esse crime anterior estiver ligado a alguma forma de violência dolosa contra a pessoa (homicídio, lesões corporais, rixa etc.) ou ao próprio emprego de arma (roubo, latrocínio, extorsão etc.); aparece-nos, ainda, que o caso de tráfego de drogas é tratado com severidade própria, já que o legislador resolveu agravar sempre a pena de quem possui ou porta arma ilegalmente, se já tiver sofrido anterior condenação por tráfico de drogas, por entender que esse crime normalmente leva a outras violências relacionadas com o tráfico de entorpecentes.

934. Lei n. 9.437/97 — art. 10, § 3º, IV — "possuir condenação anterior" — reincidência

A Lei n. 9.437/97 institui uma causa especial de aumento da pena nos crimes do art. 10, *caput*, e 10, § 1º, III, quando o

agente *tem condenação anterior por crime contra o patrimônio*, entre outras hipóteses (art. 10, § 3º, IV).

Ora, a lei não diz que se impõe aumento da pena *para o réu reincidente*; se o tivesse dito, depois do lapso temporal de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Cód. Penal, não mais prevaleceriam os efeitos da condenação anterior. O que a lei faz é aumentar a pena *do réu que tenha condenação anterior*. Naturalmente, em vista do princípio da presunção constitucional de inocência, essa *condenação anterior* há de ser definitiva; mas não se exige que seja o réu *reincidente* (CP, arts. 63-4).

Lei n. 9.437/97 – art. 10, § 4º

935. Lei n. 9.437/97 — art. 10, § 4º (servidor público)

A Lei n. 9.437/97 sanciona criminalmente o disparo de arma de fogo em lugar habitado ou em via pública (art. 10, § 1º, III). Se o agente é servidor público, incide a qualificadora do § 4º do mesmo artigo.

Essa qualificadora não fere o princípio igualitário, pois que o verdadeiro princípio da isonomia não consiste em dizer, de modo simplista e até falso, todos são iguais, e sim em dizer que *todos os que estão na mesma situação devem ser tratados de forma igual pela lei*. Assim, por exemplo, todas as pessoas que são acusadas se presumem inocentes antes da condenação definitiva, mas todas as pessoas condenadas definitivamente se presumem culpadas. Ou seja, não são iguais pessoas em condições diferentes (a pessoa não condenada e a pessoa definitivamente condenada).

Da mesma forma, está em condições diferentes o servidor público que, favorecido por seu cargo ou suas funções, indevidamente porta a arma ou a usa para dispará-la em momento ou lugar inadequados. Por isso que a reprovabilidade de sua ação é mais acentuada, maior do que a de uma pessoa comum que não detenha essas funções nem tenha esse cargo. Assim, pouco importa que o servidor *não esteja no exercício de suas funções* — requisito este que o legislador não insculpiu na norma legal.

Entretanto, o que nos parece necessário, é que, para incidência da qualificadora do § 4º do art. 10 da Lei n. 9.437/97, a função do servidor público se relacione com o uso da arma de fogo. De fato, um lixeiro, que pode ser servidor público municipal, equipara-se a um *extraneus* perante a administração, se estiver portando uma arma de fogo, pois para seu mister não precisa de arma de fogo; mas um policial civil que gratuitamente dispare uma arma de fogo em local habitado, responderá pela qualificadora.

Lei n. 9.503/97 – CTB

936. Lei n. 9.503/97 — Cód. de Trânsito Brasileiro — CTB — *v.*

Art. 32 da LCP, p. 90 e s.

Art. 32 da LCP (infração de perigo abstrato), p. 90.

Art. 34 da LCP, p. 97.

Art. 160 do CTB (comunicação da condenação), p. 234.

Art. 303 do CTB (concurso de infrações), p. 303.

Art. 304 do CTB, p. 304.

Art. 305 do CTB, p. 305.

Embriaguez, p. 495.

Perigo concreto ou abstrato, p. 690.

937. Lei n. 9.503/97 — Cód. de Trânsito Brasileiro — CTB — não-revogação do art. 32 da LCP pelo CTB — *v.* tb.

Art. 32 da LCP, p. 90.

Diz o art. 309 da Lei n. 9.503/97 — o atual Cód. de Trânsito Brasileiro — ser crime “dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”.

A primeira questão de que ora nos ocuparemos: a exigência de "perigo de dano" só se aplicaria à última alternativa ("se cassado o direito de dirigir"), ou a todas as hipóteses do dispositivo?

A tese de que a exigência do "perigo de dano" só se aplique à última figura do tipo ("se cassado o direito de dirigir"), a nosso ver é daqueles argumentos que pecam por provar demais. Ou seja, se fosse verdadeira, então quem tivesse tido previamente cassado seu direito de dirigir só poderia ser punido pelo crime se dirigisse gerando perigo de dano, mas quem ainda não se tivesse habilitado, mesmo que dirigisse sem qualquer perigo, estaria cometendo o crime. Isso repugna o sentimento jurídico, por dar tratamento díspar a situações equiparadas pela lei à falta de habilitação. E toda interpretação que leve ao absurdo deve ser recusada.

A segunda questão é se o art. 309 do Cód. de Trânsito teria derrogado o art. 32 da Lei de Contravenções Penais.

É respeitável o argumento de que, com a disciplina integral trazida pelo novo Código de Trânsito Brasileiro, que pune a direção sem habilitação (art. 309 da Lei n. 9.503/97), teria restado derrogada a norma contravencional que pune a mesma conduta (art. 32 da LCP). Não menos respeitável é o entendimento de que o Cód. de Trânsito Brasileiro teria tido por escopo revogar o art. 32 da Lei das Contravenções Penais, porque a direção sem habilitação, sem efetivo perigo de dano, seria mera infração administrativa, e assim teria ficado descriminada a conduta contravencional (nesse sentido, *v.* DAMÁSIO E. DE JESUS, *Natureza jurídica dos crimes de trânsito*, p. 33-4, ed. Paloma, São Paulo, 1998; LUIZ FLÁVIO GOMES, *Código de Trânsito Brasileiro: primeiras notas interpretativas*, *Boletim do IBCCrim*, *61*:4, dez. 1997).

Atentemos novamente para os tipos penais em análise. A figura criminal supõe "dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano", enquanto a norma contravencional fala em "dirigir, sem a devida habilita-

ção, veículo na via pública, em embarcação a motor em águas públicas". No crime, sobre falar-se em dirigir depois de cassado o direito de dirigir, ainda se menciona o perigo de dano, sem correspondência com a norma contravencional, que, por sua vez, fala na direção de embarcação, de que não cuida o crime.

De nossa parte, acreditamos que o legislador, no art. 309 do Cód. de Trânsito Brasileiro, quis apenar de forma mais grave a conduta de quem dirige sem habilitação e assim cause perigo de dano. E, com esta expressão — *causando perigo de dano* —, não chega a exigir perigo concreto a pessoa ou pessoas determinadas. E isso porque, já no sistema da legislação anterior, o próprio art. 34 da Lei de Contravenções Penais já considerava como direção perigosa de veículo a atitude daquele que dirigia de forma a *por em perigo a segurança alheia*; mas, mesmo estando presente nesse dispositivo equivalente expressão (*perigo de dano* ou *perigo à segurança alheia*), o entendimento que já predominava era o de que se tratava de infração contra a incolumidade pública, e, assim, o que se punia era o risco provocado à população, não se exigindo, assim como no disparo de arma de fogo ou na falta de habilitação, que alguém *em concreto* tivesse sofrido risco à vida ou integridade física. Desde que o local da infração fosse via pública ou acessível ao público, o risco de ofensa à incolumidade pública estava presente. Por isso que, no caso da contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais, "não se exige a prova de ter havido perigo concreto à preservação da vida ou integridade física de pessoa determinada" (*RJDTACrim*, *7*:132, *2*:76). Já, ao contrário, quando a lei exige haja demonstração em concreto do perigo, usa expressões como "perigo *direto* e *iminente*", da mesma maneira que o faz o art. 132 do Cód. Penal (perigo para a vida ou saúde de outrem).

Nem pode surpreender que o legislador puna comportamentos que, em abstrato, considere perigosos à coletividade: é o que ainda hoje faz, p. ex., em infrações penais como a *posse* ou o *porte de arma* (art. 10 da Lei n. 9.437/97), ou com o exercício ilegal de medicina (art. 282 do CP) ou de função pública (art. 324 do CP), ou ainda com a mera *guarda* de moeda falsa (art. 289, §

1º, do CP) ou a mero fato de *trazer consigo* entorpecentes (arts. 12 e 16 da Lei de Tóxicos). E isso porque o legislador considera que certas atividades humanas envolvem graves responsabilidades, como o exercício da medicina, a posse ou o porte de arma, a direção de veículos e aeronaves. Por isso, resolve limitar o exercício de funções e a prática de certos atos, assim criando exigências para exercício de profissões, exames para habilitação em certas atividades, registros para fiscalização do comércio de alguns produtos. E, para dar maior eficácia ao seu comando proibitivo, validamente usando de seu *ius puniendi*, o Estado sanciona penalmente a conduta de quem pratica, *sem a devida autorização*, tais comportamentos, tidos em tese como perigosos para a sociedade.

Desta forma, pouco importa saiba atirar muito bem quem porte uma arma *sem licença*, ou seja um ás no volante quem dirija *sem habilitação*. A lei só permite que exerça essas atividades potencialmente de perigo para a sociedade quem esteja *devidamente autorizado pelo Estado* à prática desses comportamentos especiais.

A nosso ver, na esteira do que já dispunha a legislação anterior (art. 32 da LCP), também o art. 309 do Cód. de Trânsito Brasileiro considera que a situação periclitante está implícita na ação ilícita, e, assim, não tivemos descriminação da conduta anterior, mas sim criminalização até com maior rigor da conduta socialmente já antes reprovada — o que, naturalmente, não tem efeitos retroativos.

Por último, seria inconseqüente que o legislador só punisse quem causasse perigo concreto de dano, ao dirigir sem habilitação, mas não exigisse o perigo de dano para quem entrega a direção a pessoa inabilitada — pois o art. 310 do Cód. de Trânsito não repete a exigência do "perigo de dano" na descrição do tipo.

Em síntese, nosso entendimento é o de que, mesmo após a vigência do atual Código de Trânsito, aplica-se ainda o art. 32 Lei de Contravenções Penais quando da conduta praticada não

decorra qualquer perigo de dano; aplica-se, entretanto, o art. 309 do CTB, quando haja perigo de dano, ainda que não se tenha vítima determinada (nesse sentido, *v.* conclusões n. 5 e 8 do Encontro do Ministério Público paulista sobre Código de Trânsito Brasileiro, Aviso n. 127/98-PGJ, *DOE*, seç. I, 8-4-98)[78].

938. Lei n. 9.503/97 — Cód. de Trânsito Brasileiro — CTB — representação para os crimes de embriaguez ao volante e *racha* — *v.* tb.

Embriaguez, p. 495.

Como observou DAMÁSIO E. DE JESUS, a aplicação das normas do Cód. de Processo Penal e da Lei n. 9.099/95 aos crimes do Cód. de Trânsito Brasileiro deve fazer-se apenas *no que couber* (art. 291, *caput*, da Lei n. 9.503/97). Por isso, não obstante a dicção literal do parágrafo único do art. 291 do Cód. de Trânsito Brasileiro, que se remete aos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, "os crimes de embriaguez ao volante e *racha* são de ação penal pública incondicionada, sendo descabida a exigência de representação. No tocante a eles, é aplicável a suspensão condicional do processo" (artigo em *Boletim do IBCCrim*, n. *61*:10, dez. 97). E isso porque, sendo tais infrações contra a incolumidade pública em geral, não teria sentido exigir *representação do ofendido*.

939. Lei n. 9.503/97 — Cód. de Trânsito Brasileiro — CTB — perdão judicial

O Cód. de Trânsito Brasileiro manda aplicar subsidiariamente as normas gerais do Cód. Penal (art. 291). Embora o perdão judicial de que cuida o art. 121, § 5º, do Cód. Penal, esteja topologicamente na *parte especial* desse estatuto, na verdade

---

78. Assim dispõe a 8ª Conclusão do encontro sobre *Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro*: "a contravenção penal de direção sem habilitação, prevista no art. 32 da Lei de Contravenções Penais, continua em vigor para os casos residuais não contemplados no art. 309 do Cód. de Trânsito Brasileiro" (CEAF — ESMP e CAOPJC, 3-4-98 , *DOE*, seç. I, 8-4-98).

constitui substancialmente norma geral, como o são outras normas de índole geral, posto inseridas na parte especial do Código (como o conceito de *funcionário público*, no art. 327). Assim, não há impedimento para aplicar-se o instituto, cujas razões que o inspiraram são inteiramente válidas nos crimes de trânsito.

940. Lei n. 9.503/97 — Cód. de Trânsito Brasileiro — CTB — art. 303 — crime culposo mais grave que o doloso — *v.*

Art. 303 do CTB, p. 304.

941. Lei n. 9.503/97 — Cód. de Trânsito Brasileiro — CTB — omissão de socorro — art. 304

O art. 304 do Cód. de Trânsito criminaliza a conduta do condutor do veículo que, na ocasião do acidente, deixa de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, deixa de solicitar auxílio da autoridade pública.

A figura do art. 304 não se aplica nem aos casos de homicídio culposo nem de lesões corporais culposas, de que cuida a mesma lei, pela bastante razão de que, nestas infrações, a omissão de socorro já é causa expressa de aumento de pena (arts. 302-3); assim, só se aplica em caso de atropelamento sem culpa, com omissão de socorro.

942. Lei n. 9.503/97 — Cód. de Trânsito Brasileiro — CTB — art. 305

Segundo o art. 305 do Cód. de Trânsito Brasileiro, comete crime o condutor do veículo que se afasta do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.

Observou SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA (*Boletim do IBCCrim*, *61*:3, dez. 97), supondo não tenha o condutor agido nem com dolo nem com culpa penal, a lei penal não poderia erigir a crime fugir à responsabilidade meramente *civil*, porque estaria

indiretamente burlando a vedação constitucional que em regra proíbe prisão civil por dívida (CF, art. 50, LXVII).

Lei n. 9.605/98

943. Lei n. 9.605/98 — *v.*

Competência – crime contra a flora ou fauna, p. 411.

Crimes ambientais – competência, p. 447.

Lei n. 4.771/65, p. 557.

944. Lei n. 9.605/98 — furto e contravenção — *v.* tb.

Art. 155 do CP, p. 181.

Se os agentes cortam árvores de floresta de preservação permanente, para subtrair a madeira, não será caso de pura e simples desclassificação para o crime do art. 38 da Lei n. 9.605/98. É que esta infração cuida de destruição, dano ou utilização inadequada de floresta de preservação permanente; contudo, pelo princípio da especialidade, se os agentes, mais do que isso, também subtraem bens alheios *invito domino* (CP, art. 155), podem cometer ambos os crimes em concurso formal.

Lesões corporais

945. Lesões corporais — *v.*

Art. 129 do CP, p. 166.

Lex mitior

946. *Lex mitior — v.*

Interpretação, p. 536.

947. *Lex mitior* — combinação de leis penais — *v.* tb.

Lei n. 9.271/96, p. 615.

"Quanto ao critério da apuração da maior benignidade, o Código de 1940 foi omisso, o que ensejou controvérsia doutrinária. NÉLSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, 5ª ed., vol. I, t. I/5, p. 120), ANÍBAL BRUNO (*Direito penal* — parte geral, 4ª ed., t. I/270, 1984), ROQUE BRITO ALVES (*Direito penal* — parte geral, p. 213-4) e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lições de direito penal* — parte geral, p. 106-7, 1985) não admitem a combinação de lei anterior e de lei posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque o juiz estaria, nesta situação, criando uma terceira lei, o que seria de todo inadmissível. Já BASILEU GARCIA (*Instituições de direito penal*, 6ª ed., vol. I/160, 1982), JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado de direito penal*, vol. I/210-1) e DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (*Direito penal*, 10ª ed., vol. I/81, 1985) sustentam a possibilidade desta combinação e argumentam no sentido de que o juiz, ao realizá-la, não criaria lei nova, mas apenas movimentar-se-ia 'dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Se lhe está afeto escolher o *todo* para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal' (JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., p. 210)" (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, ALBERTO SILVA FRANCO & *AL.*, notas ao art. 2º, ed. Rev. dos Tribunais, 1991).

Invocando a doutrina nacional e internacional, assim objetou ANÍBAL BRUNO: "mas não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno" (*Direito penal*, t. I, p. 256, ed. Forense, 1967). Ou, nas palavras de NÉLSON HUNGRIA, "não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma *terceira* lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação *combinada* das

duas leis" (*Comentários ao Código Penal*, v. I, p. 112, ed. Forense, 1958).

Assim, admitir que o Juiz pudesse pinçar aqui e ali, em diversos sistemas, o que de mais favorável ao réu lhe parecesse, seria permitir-lhe criasse um estatuto totalmente novo e sequer previsto pelo legislador. Em outras palavras, equivaleria a dizer o seguinte: *a)* a lei antiga previa a conseqüência *A* e *B* para a prática de um crime; *b)* a nova lei prevê a conseqüência *C* e *D* para a prática do mesmo crime; *c)* ao aplicar *A* e *C*, *A* e *D*, *B* e *C* ou *B* e *D*, o Juiz não estaria a aplicar *nem a lei nova nem a lei velha* e sim criando um sistema totalmente novo, que só ele previu, não o legislador.

948. *Lex mitior* — coexistência de normas processuais e penais na nova lei

Segundo a Constituição, *a lei penal* não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL).

Ocorre que, não raro, na nova lei coexistem *normas penais*, *normas tipicamente processuais* e até *normas processuais de direito estrito*. Quais destas podem retroagir, quais as que não podem?

As normas processuais são de incidência imediata, e as normas de caráter tipicamente penal só retroagem se forem mais benéficas; por fim, as normas processuais de direito estrito, que importem restrições à liberdade, equiparam-se às normas penais.

Para aclarar os conceitos, tomemos como exemplo a parte penal da Lei n. 9.099/95, que, quando de sua incidência, provocou fartas discussões a respeito da matéria que ora nos ocupa. A Lei dos Juizados Especiais Criminais contém: *a) normas processuais*, de incidência imediata *ex nunc*, ou seja, a partir do termo inicial de sua vigência (regras sobre competência, intimações, processo e recursos); *b) normas penais* (como aquelas que dispõem sobre sanções penais, transação e decadência, que extingue o *ius puniendi* do Estado), que só retroagem quando mais benéficas ao réu; *c) normas processuais de direito estrito*, que cons-

tituem limitações a direitos individuais (como as que dispõem sobre prisão em flagrante e fiança — art. 69, parágrafo único)[79].

Em nosso sistema jurídico constitucional, as normas penais e até mesmo as normas processuais penais que constituam limitações à liberdade individual, necessariamente devem retroagir *quando benéficas ao acusado*. Não pode o legislador ordinário limitar sua incidência para os casos futuros, quando também os casos pendentes podem beneficiar-se de imediato do menor rigor do legislador penal ou processual penal.

Já tinha anotado NÉLSON HUNGRIA: "Se a lei nova converte um crime *de ação pública* em crime *de ação privada* ou, diversamente da lei anterior, subordina a *ação pública* à *representação* ou *requisição*, cria, certamente, uma situação de favor para o réu e, assim, mesmo em relação aos fatos pretéritos, a ação penal não pode ser intentada sem as ditas condições de processabilidade (queixa, representação, requisição), e se já está em curso a ação do Ministério Público, não prosseguirá, salvo, no caso de exigência de representação ou requisição, se o respectivo titular a apresentar no prazo legal, e sem prejuízo, no caso da metamorfose em ação privada, do direito de queixa, a ser exercido igualmente no devido prazo (contado, de regra, da data de entrada em vigor da nova lei), sob pena de *decadência*" (*Comentários ao Código Penal*, v. I, n. 19, p. 123-4, Forense, 1958).

Percebendo o grave problema de direito intertemporal que viria a ser criado com a nova Lei n. 9.099/95, CEZAR ROBERTO BITENCOURT com toda a razão assinalou que a LJECC, longe de se limitar a normas puramente processuais ou de organização judiciária, foi bem além: "a pretexto de instituir os Juizados Especiais, disciplina a instituição da suspensão con-

79. A doutrina já reconhecia a existência de normas processuais penais de direito estrito: a propósito, veja-se a sempre atual lição de CARLOS MAXIMILIANO, que apontou serem dessa espécie as leis que imponham limitações à liberdade individual, ao exercício de direitos ou a interesses juridicamente protegidos (*Hermenêutica e aplicação do direito*, n. 396, 9ª ed., Forense, 1980).

dicional do processo e altera a natureza da ação penal dos crimes de lesões corporais leves e culposas, além, é claro, da transação penal" (*Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 126, ed. Livr. do Advogado, 1995). Seguindo a mesma linha de raciocínio que acima vimos desenvolvendo, acrescentou esse autor: "em qualquer caso, em que uma *lei dita processual*, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, como ocorre com a Lei n. 9.099/95, não terá vigência o princípio *tempus regit actum*, aplicando-se, nessas hipóteses, a *lei mais benigna*" (*op. cit.*, p. 127).

Colocadas essas premissas, retomemos o exemplo atinente à aplicação das disposições da Lei n. 9.099/95 aos casos ocorridos antes da sua vigência em tudo aquilo em que fosse mais benigna que a legislação por ela derrogada. Suponhamos, ainda, estivéssemos diante de crime de lesões corporais leves ou culposas, em que agora só se procede mediante representação do ofendido ou de seu representante legal, oferecida dentro de 30 dias, após regular intimação, sob pena de decadência (arts. 88 e 91).

É verdade que, nos crimes de ação penal pública condicionada, a representação só é condição de procedibilidade para a *propositura* da ação, que daí para diante prosseguiria sem nenhuma outra providência, condição ou manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal. Também é verdade que, pelo princípio do *tempus regit actum*, ao ser ofertada e recebida a denúncia, ao tempo em que se tratava de ação penal pública incondicionada, todas as condições da ação e pressupostos processuais supostamente já estariam adimplidos.

Entretanto, se uma lei superveniente transformasse em ação privada hipótese que era de ação pública, faria *ipso factu* desaparecer a legitimação para agir do Ministério Público; dessa forma, se não houvesse norma de transição que permitisse o aproveitamento do processo, o remédio seria extingui-lo, como também ocorreria se no curso da ação o réu morresse ou se advi-

esse a *abolitio criminis*, porque assim desapareceria uma das condições da ação.

Não é, pois, estranha à teoria geral do processo a existência de condições dinâmicas, como as condições da ação, que devem estar presentes não só quando da sua propositura, como ainda devem permanecer existindo todo o tempo até a decisão da lide, sob pena de, em faltando uma delas a qualquer tempo durante o curso da relação processual, dever ser o processo extinto sem julgamento de mérito.

Da mesma forma que se dá com as condições da ação, também ocorre com os pressupostos processuais. No exemplo que vimos discutindo, a nova lei, mais benigna, passou a condicionar o ajuizamento da ação penal por crime de lesões corporais leves e de lesões corporais culposas à existência de representação do ofendido ou de seu representante legal. Mas, longe de permitir a incidência imediata dessas normas aos casos acontecidos antes de sua vigência, canhestramente o legislador ordinário ainda tentou impedi-la, embora se tratasse de dispositivo mais benéfico (Lei n. 9.099/95, art. 90)! Naturalmente, foi letra morta essa proibição, já que coube ao intérprete dar cumprimento ao preceito da Lei Maior, e, no caso, fazer incidir a norma mais benigna aos casos pendentes.

Ao aplicar, portanto, a lei mais benigna, nos casos em que ainda não tivesse havido denúncia, bastou proceder-se à intimação de que cuida o art. 91 da Lei n. 9.099/95; só se não fosse ofertada a tempo a representação é que haveria decadência.

Problema maior consistiu em saber o que fazer naqueles casos em que o processo penal ainda estivesse em andamento, embora instaurado antes da vigência da Lei n. 9.099/95, ainda por meio de ação penal pública incondicionada. Duas soluções foram apresentadas nos pretórios: *a)* uma, no sentido de que, como *ao tempo do recebimento da denúncia*, a ação era pública incondicionada, dever-se-ia prosseguir no caso, independentemente de qualquer manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal; *b)* outra, no sentido de que, como a lei

superveniente, mais benigna, alterou pressupostos processuais e exigiu a vontade do ofendido ou de seu representante legal para que a ação penal pudesse ser instaurada, dever-se-ia prosseguir no processo somente se adviesse esta manifestação.

Sob o aspecto meramente formal, a primeira alternativa, incompatível aliás com tudo o que até agora já vimos sustentando, talvez pudesse parecer mais sedutora, pois que, *quando proposta a ação*, não se exigia a condição que ora se exige, e o momento processual para colher-se a representação seria sempre anterior ao oferecimento da denúncia; poderia então parecer que nada mais restaria fazer senão prosseguir na ação, porque já validamente instaurada (princípio *tempus regit actum*). Contudo, sob o aspecto sistemático e teleológico ou finalístico, a segunda alternativa é a correta. Passou a ser vontade do legislador federal que o processo criminal por infrações de menor potencial ofensivo relativas a lesões corporais leves ou lesões corporais culposas, somente seja movido quando o ofendido ou seu representante legal assim o desejem. Como se trata de norma mais benéfica, imperioso se tornou sua aplicação de imediato, em que pese a dicção em contrário do art. 90 da Lei n. 9.099/95 (nesse sentido também é a lição de DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, p. 87 e 107, Saraiva, 1995).

Libelo famoso

949. Libelo famoso

"Em outros tempos, todos os meios que, em matéria de crime contra a honra, importavam maior *divulgabilidade*, compreendiam-se sob a clássica rubrica de *libelo famoso*" (NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, VI, p. 113, n. 140, ed. Forense, 1958). Seriam hoje os exemplos das ofensas feitas por meio de rádio, alto-falante, enfim, por meio da imprensa televisiva, falada ou escrita.

Liberdade de expressão

950. Liberdade de expressão — direito norte-americano — *v.* tb.

Imprensa, p. 530.
Lei n. 5.250/67, p. 560.

No Direito norte-americano, a garantia de liberdade de expressão, fundada na Emenda Constitucional n. 1, veio sendo garantida pela jurisprudência de sua mais alta Corte, exceto se as palavras questionadas: *a)* instigassem a um ato de insurreição, como, por exemplo, derrubar o governo; *b)* pusessem em perigo as pessoas próximas, como, por exemplo, gritar *fogo* num teatro lotado; *c)* fossem aptas a provocar tumulto ou reação violenta por parte dos observadores; *d)* fossem ofensivas aos observadores; *e)* fossem obscenas, tais como as dotadas de teor erótico, relacionadas com interesses lascivos ou contendo descrição de atividade sexual explícita (WOODWARD & ARMSTRONG, *Por detrás da Suprema Corte*, p. 1969, ed. Saraiva, 1985).

No caso Lloyd *v.* Tanner (1971), a Suprema Corte norte-americana deparou-se com caso que envolvia manifestantes contrários à Guerra do Vietnã, expulsos de um *shopping center* pelos seus guardas de segurança; a decisão majoritária da Corte foi de que não poderia ser invocada a liberdade constitucional de expressão para assegurar quaisquer formas de manifestação em propriedade privada; com isso, reviu em parte sua posição num caso de 1968 (Sindicato dos Empregados da Amalgamated Foods *v.* Logan Valley Plaza), quando tinha entendido que não se poderia impedir que os piquetes do sindicato se realizassem na mercearia de um *shopping center* (WOODWARD & ARMSTRONG, *Por detrás da Suprema Corte*, Saraiva, 1985, p. 233).

Linguagem forense

951. Linguagem forense — elegância de linguagem

A experiência forense recomenda a extrema necessidade de ser sempre elegante a linguagem forense.

Sem dúvida a defesa de um direito pode justificar, ou até exigir, em certos casos, que a linguagem seja viva e até dura; contudo, em hipótese alguma haverá necessidade de descambar para licenciosidades, grosserias ou ofensas. Ainda que ao Advogado, Juiz ou Promotor possa aquela tirada parecer aceitável nas circunstâncias, não se perca de vista que ficará ela nos autos, será lida, por eles mesmos, meses depois, quando, de ânimos mais serenos, lhes parecerá inadequada à elevação sempre exigível no trato das coisas da Justiça. Mas, ainda que nunca faça *mea culpa* o autor do dito, deve-se ter em conta que Procuradores e Juízes de outras instâncias terão acesso a tais grosserias, que, sobre não serem necessárias para a serena e correta discussão da causa, ainda depõem contra a ética de quem as proferiu.

Alguns profissionais, amparados na excludente do art. 142, I, do Cód. Penal, talvez por estilo, descuido ou até descontrole passageiro, afastam-se da elegância na expressão forense. Na verdade, esses desbordamentos, embora não raros em lides forenses, muitas vezes provocam acirramentos inúteis, fazendo perder a objetividade dos debates e pondo em segundo plano a verdadeira lide.

As expressões ofensivas, ainda que usadas como mera argumentação, podem ser evitadas sem nenhum prejuízo para os debates, muito ao contrário. Ganha-se assim em técnica, precisão e poder de convencimento sobre os Magistrados da Segunda Instância, normalmente pessoas mais idosas, mais afeitas ao trato de uma linguagem serena e elevada.

E quanto à ironia, cabe uma palavra mais especial. Por certo a ironia, sutil ou fina, não é por nós recriminada. Uma coisa é a delicada ironia, fruto de um estilo clássico de um ANATOLE FRANCE; outra, é a ironia grosseira e ridicularizante, que chama de Golias ao anão. A respeito desta é que falava MAXIMILIANO, com toda a propriedade: “a ironia leva a palma ao vitupério. O que impressiona bem (saibam os novos, mais ardorosos e menos experientes) é a abundância e a solidez dos argumentos aliados à perfeita cortesia, linguagem ponderada e modéstia

habitual" (*Hermenêutica e aplicação do direito*, n. 342, p. 277, ed. Forense, 1980).

Locação

952. Locação — *v.*

Art. 171 do CP, p. 248.

Crime contra a economia popular, 437.

953. Locação — taxas de locação

É lícito que o locador ou empresas administradoras de imóveis e escritórios de locação cobrem dos inquilinos taxas extras para elaborarem os contratos de locação?

Já nos deparamos com situações em que os inquilinos tinham pago a escritórios especializados em administração de imóveis importâncias a título de "taxa de cadastro e contrato de locação", seja para ser feito o primeiro contrato, seja para sua renovação.

Diz o art. 43, inc. I, da Lei de Locação (Lei n. 8.245/91), que constitui contravenção penal, punível com prisão simples, de cinco dias a seis meses, ou multa de 3 a 12 meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário, "exigir, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos".

Desde o sistema da antiga Lei n. 6.649/79 (art. 18, inc. VI), já era do *locador* a obrigação de pagar as taxas e quaisquer despesas de intermediação ou administração imobiliária, bem como as despesas extraordinárias de condomínio. Na mesma esteira, dispõe a Lei n. 8.245/91 que *"o locador é obrigado a pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador"* (art. 22, VII); e ainda *"a pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra*

fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato" (art. 22, VIII).

Afora isso, o art. 23, VIII, só admite, como exceção, que algumas despesas fiquem a cargo do inquilino, como de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto, ou as taxas municipais, relativas ao prédio locado, que, pelo contrato, podem ser atribuídas a cargo do inquilino.

Ora, estão sujeitos a essas limitações quer o locador, quer a empresa que administre imóveis, na qualidade de mandatária do proprietário e locador. De forma inequívoca a taxa de cadastro e contrato de locação se destinava à formalização do contrato entre inquilino e o proprietário, ou seu mandatário, na locação.

O argumento de que naquele momento havia só um proponente à locação, e não inquilino nem locador, não pode colher. O art. 43, inc. I, da Lei de Locação não exige um inquilino e um locador, e sim que as despesas indevidas sejam cobradas "por motivo de locação ou sublocação". Ademais, tal taxa de cadastro e de locação é exigida do inquilino não raro apenas para formalizar num documento o já existente ajuste verbal, pois que contrato de locação muitas vezes já há com a aceitação recíproca das condições, ainda que sem o prévio instrumento para prova da locação. Sem isso, seria improvável que a vítima pagasse gratuitamente uma taxa de cadastro e de locação; mas, se isso ocorresse, razão a mais para ver lesão à economia popular.

Normalmente tais taxas se destinam a despesas de intermediação, que por lei cabem ao locador (art. 22, VII).

É necessário bem alcançar o fim social das leis de locação: contêm normas de ordem pública, cogentes e inderrogáveis, visando a proteger o inquilino, sem o quê ficaria ele jungido a contratos leoninos, não tendo podido discutir livremente — como seria suposto no utópico liberalismo clássico — as cláusulas e condições da locação.

Acresce notar que, nesse sentido, há precedentes jurisprudenciais: cf. *RT*, *634*:302, *630*:312, *613*:324, *601*:344 (neste

último, no *RHC* n. 406.521-9-TACrim, ficou ressaltado que em tese havia a contravenção em pauta, conquanto se relegasse adequadamente para a instrução apurar a que fins se destinavam efetivamente as taxas cobradas). Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a ilegalidade da cobranças desse tipo de taxas pelo locador, em *RHC* n. 64.902-5-SP, *DJU* de 22-5-87, p. 9.756.

E, sendo a infração ao art. 43, inc. I, da Lei n. 6.649/79 uma verdadeira contravenção contra a economia popular, o ressarcimento do dano não elide sua consumação: nesse sentido, *v. RT*, *608*:350.

Os tribunais têm reconhecido a existência da referida contravenção penal na cobrança de taxa de intermediação de inquilino, ou mesmo de renovação de contrato (*RT*, *608*:350, *601*:344, *599*:392).

Por último, a contravenção penal de que aqui se cuida tem uma descrição típica que a identifica com as infrações penais de natureza *formal*, ou seja, consiste em *exigir*, *por motivo de locação ou sublocação*, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos. Esse *fim específico* presente no comportamento do agente, faz com que a infração esteja perfeita com a simples formalização da *exigência*, ainda que o proveito não venha efetivamente a ser recebido (caso contrário a lei teria dito *receber* e não *exigir*) ou ainda mesmo que o proveito, uma vez recebido, tenha sido depois restituído à vítima (nesse sentido, *v. RT*, *608*:350).

954. Locação — estelionato — *v.* tb.

Art. 171 do CP, p. 245.

A mera cobrança de taxas ilegais por parte de locadores ou imobiliárias, quando da assinatura de contratos de locação, pode constituir a contravenção penal prevista no art. 43, I, da Lei de Locação (Lei n. 8.245/91).

Suponhamos, porém, que o agente, proprietário ou administrador de um imóvel posto à locação, elabore um contrato de locação, mediante o qual o preço do aluguel mensal seja camuflado para maior, para forçar aumentos ilegais daí decorrentes, em prejuízo do inquilino. Vamos exemplificar: imaginemos que o inquilino ajuste com o locador um aluguel de 100 reais por mês, a ser pago até o dia 10 de cada mês; entretanto, o locador insere no contrato a assertiva de que o aluguel seria de 120 reais, mas haveria um desconto de 20 reais se o aluguel fosse pago até o dia 10 de cada mês. Mesma coisa? Lógico que não: para as atualizações dos alugueres ou fixação de outros encargos contratuais que dependessem do valor básico do aluguel, o agente sempre contaria com um valor acrescido, e não o valor real do aluguel tempestivamente pago na forma da combinação entre as partes, de forma que os reajustes contratuais passavam a ser calculados sempre sobre um valor-base maior, artificialmente elevado, que levaria a reajustes acima dos índices legalmente admitidos para o período.

Teríamos a contravenção penal do art. 43, I, da Lei n. 8.245/91, ou o crime de estelionato, previsto no art. 171 *caput* do Cód. Penal?

A contravenção penal supõe que o agente *exija*, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos. No caso, o agente não exigiu tais taxas, valores ou quantias; apenas elevou artificialmente o valor do aluguel, para que a base de cálculo para reajustes ou outros encargos contratuais fosse forçada para maior.

Já, para que haja o crime do art. 171 *caput* do Cód. Penal, é necessário que o agente obtenha, para si ou para outrem, em prejuízo alheio, *um proveito ilícito*, e que esse proveito seja obtido *por meio fraudulento*, induzindo-se ou mantendo-se alguém em erro.

A nosso ver, no caso pode haver estelionato. O expediente fraudulento poderá consistir em enganar a vítima sobre as reais condições do ajuste, assim embutindo no preço da locação

ou nos valores de atualização do aluguel, quando do seu reajuste, parcelas calculadas sobre uma base de cálculo irreal, o que permitirá fixar os reajustes em valores acima do que seriam devidos.

Distingue-se no caso o crime da contravenção, pois nesta o agente simplesmente exige quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos, enquanto no crime, o agente usa de processo fraudulento para fazer com que a própria vítima, enganada, entregue ao agente o que não é devido.

Mandado de segurança

955. Mandado de segurança — *v.*

Habeas-corpus, p. 520.

956. Mandado de segurança — matéria penal — competência — *v.* tb.

Competência, p. 407.

Como registrou ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "pode haver, no transcorrer da persecução penal, tanto questões relativas a direito material de outra natureza que não a ínsita à liberdade física do ser humano, quanto aquelas concernentes ao procedimento ou ao processo em que a mesma se desenrola"— assim, "quando a resolução de qualquer delas, eivada de ilegalidade ou abuso de poder, importar ofensa, virtual ou concreta, a direito, tido como líquido e certo, do interessado, — seja ele acusado, vítima ou, até, terceiro prejudicado, — propiciado lhe será o uso do mandado de segurança, com a finalidade de obviá-la" (*Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*, p. 175, ed. Saraiva, 1978).

Por certo que, mesmo voltado contra ato proferido na esfera penal, o mandado de segurança será sempre ação civil, porque seu objeto nunca será o *ius puniendi* estatal (*RTJ*, *83*:255); contudo, o mandado de segurança será necessariamente julgado

pelo juízo criminal quando o ato supostamente ilegal nele combatido disser respeito à jurisdição penal, sob pena de admitir-se que o juízo cível pudesse decidir questões penais[80], como a concessão de efeito suspensivo a um recurso que vise a impedir a soltura de um réu, ou a liberação do objeto ou do produto de um crime que pudessem ainda interessar ao juízo penal (nesse sentido, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, notas ao art. 647, Saraiva, 1990).

Assim, o mandado de segurança que objetive desconstituir medida constritiva determinada no interesse do processo penal será julgado pela Justiça criminal, e, em sede recursal, pelo tribunal competente para conhecer da matéria criminal em cuja apuração se deu a providência contra a qual se impetrou o *mandamus* (Ap. Cív. n. 204.968-1-Piracicaba, TJSP, j. 4-2-94; Mandado de Segurança n. 277.136-1-S. Paulo, 2ª Câm. de Direito Público, TJSP, j. 27-2-96, v.u.; Ap. Cív. n. 205.265-1-Botucatu, TJSP, j. 17-2-94; Ap. Cív. n. 163.094-1-Americana, TJSP, j. 25-3-92; Ap. Cív. n. 165.812-1-Piracicaba, TJSP, j. 6-5-92; Ap. Cív. n. 229.683-1-Piracicaba, 7ª Câm. Civil, TJSP, j. 9-8-95 — v.u.).

957. Mandado de segurança — impetração por Promotor de Justiça — *v.* tb.

Art. 197 LEP, p. 269.

Prisão albergue, p. 706.

Doutrina e jurisprudência têm admitido a impetração de mandado de segurança por Promotor de Justiça, diretamente

---

80. Algumas decisões, porém, têm entendido ser sempre cível a natureza do mandado de segurança: "Competência — Conflito negativo — Mandado de segurança — Devolução de coisa apreendida em procedimento criminal — Remessa ao juízo criminal — Inadmissibilidade — Mandado de segurança, como regra, só pode ter curso nas varas cíveis — Natureza civil do *mandamus* — Conflito procedente — Competente o juízo suscitado" (Conflito de competência n. 23.469-0 — São Caetano do Sul, v.u., j. 4-5-95, TJSP).

junto aos tribunais (*RT*, *664*:279-TACrim, *603*:302-TJSP, *557*:338-TACrim; *v.* art. 32, I, da Lei n. 8.625/93; cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, nota ao art. 257, ed. Saraiva, 1990).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça paulista decidiu pela legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança, destinado a obter efeito suspensivo a recurso tirado contra ato judicial impugnado: "Figura do Ministério Público, que funciona na qualidade de autor da ação penal — Investidura legal do poder-dever de exercitar em Juízo a vontade social de se distribuir a Justiça penal — Segurança conhecida — Ordem denegada. Ceifar-se a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de mandado de segurança, seria como lhe tolher o campo de ação, sem que lhe possibilitasse outra medida em situação em que não houver efeito suspensivo de ato judicial" (Mandado de Segurança n. 184.234-3 — Piracicaba — 1ª Câm. Criminal do TJSP — Relator: Prado Pereira — 12-6-95, v.u.).

Apreciando também a questão da impetração de mandado de segurança por membro do Ministério Público, em matéria criminal, o Supremo Tribunal Federal decidiu: "*Habeas-corpus*. Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público para a obtenção de efeito suspensivo para apelação. Esta Corte tem admitido mandado de segurança contra ato judicial no âmbito criminal (RE 85.278, *RTJ*, *83*:255 e s.). Por outro lado, sendo o Ministério Público parte na relação jurídica processual, pode utilizar-se do mandado de segurança. E a impetração compete ao Promotor de Justiça quando o ato atacado emana de Juiz de primeiro grau de jurisdição. Ausência de ilegalidade na concessão de mandado de segurança que deu efeito suspensivo à apelação do Ministério Público contra a concessão da sentença, para o cumprimento de pena de reclusão, do regime de prisão albergue domiciliar. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 66.794-SP, j. 16-12-88, v.u., 1ª T., rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 4-4-89, p. 4.909, *RTJ*, *128*:1199).

958. Mandado de segurança — indeferimento de correição parcial — *v.* tb.

Correição parcial (indeferimento), p. 434.

Correição parcial — matéria criminal — processamento indeferido — mandado de segurança impetrado — conhecimento (TACrimSP), *RT*, *557*:338

Correição parcial — matéria criminal — processamento negado, sob pretexto de ser incabível a medida na espécie — inadmissibilidade — ofensa a direito líquido e certo — mandado de segurança concedido (TACrimSP), *RT*, *570*:348.

959. Mandado de segurança — pedido de restituição — *v.* tb.

Pedido de restituição, p. 672.

Em princípio, o mandado de segurança é medida imprópria para a obtenção da restituição de coisa apreendida, a qual deveria ser pleiteada no juízo criminal, na forma estabelecida nos arts. 118 e seguintes do Cód. de Processo Penal (*RJDTACrim*, *19*:197). Entretanto, em alguns casos a jurisprudência tem admitido a impetração de mandado de segurança visando à liberação de bens apreendidos (*v.g.*, *RT*, *510*:86, *424*:318; *JTACrim*, *26*:206).

Como bem observou o eminente Magistrado SYDNEY SANCHES, quando era Desembargador junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, "o remédio primeiro, de que se pode valer quem sofre apreensão de seu veículo por ordem de autoridade policial em inquérito para apuração de crime, é o pedido de restituição fundado no art. 120 do Cód. de Processo Penal, observados, no mais, se for o caso, os parágrafos desse mesmo dispositivo. Nada impede, porém, que o prejudicado se valha do remédio heróico do mandado de segurança, evidenciando, desde logo, direito líquido e certo à restituição" (*RT*, *510*:86).

960. Mandado de segurança — matéria criminal — posição do réu

Admite-se que o Ministério Público impetre mandado de segurança contra decisão favorável ao réu, no processo penal; nesse caso, porém, o réu será litisconsorte passivo necessário, impondo-se sua citação (*HC* n. 75.853-STF, *Informativo STF*, 88, p. 2, ed. 22-10-97).

Mandato criminal

961. Mandato criminal — queixa-crime — *v.*

Art. 39 do CPP, p. 100.

Art. 44 do CPP, p. 115.

Marcha à ré

962. Marcha a ré — *v.* tb.

Trânsito, p. 797.

"Motorista de caminhão que efetua marcha à ré, com visibilidade prejudicada, causando lesões corporais na vítima, pratica manifesta imprudência, pois a manobra à ré é sempre perigosa e temerária" (*RJDTACrim*, *3*:137).

"A marcha à ré é manobra anormal, que implica em alteração do ritmo comum do trânsito, podendo surpreender especialmente pedestres. Deve, por isso, ser cercada de todas as cautelas e, em se tratando de caminhão, cuja visão à retaguarda é praticamente nula, deve, também, ser orientada por ajudante. A ausência desses cuidados caracteriza a imprudência" (*RJDTACrim*, *3*:139).

"Incorre nas sanções do art. 121, § 3º, do CP, o agente que, realizando manobra de marcha à ré, no caminhão que dirige, em via pública, sem condições favoráveis para tanto e sem

tomar as devidas cautelas, atropela pedestre, vindo a causar-lhe a morte" (*RJDTACrim*, *17*:55)[81].

Medida de segurança

963. Medida de segurança — prescrição — *v.* tb.

Art. 26 do CP, p. 73.

Art. 97 do CP, p. 151.

Prescrição, p. 699.

"Se à data da absolvição por inimputabilidade não tinha ocorrido a prescrição da ação, é legítima a aplicação da medida de segurança. Em tais casos, a prescrição da ação é regulada pelo art. 109 do Cód. Penal" (*HC* n. 69.904-SP, 2ª T. STF, j. 15-12-92, v.u., rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* 12-2-93, p. 1.453).

Menoridade

964. Menoridade — *v.*

Art. 41 do CPP – denúncia contra menor, p. 110.

Lei n. 9.099/95 (representação e queixa), p. 604.

Pena mínima, p. 687.

Prescrição, p. 699.

965. Menoridade — antecedentes e reincidência — *v.*

Art. 67 do CP — menoridade e reincidência, p. 134.

966. Menoridade — o menor de 18 anos não comete crime e sim ato infracional — art. 103 do ECA — *v.*

Art. 41 do CPP (denúncia contra inimputável), p. 109.

---

81. Este acórdão é anterior à Lei n. 9.503/97, que deu outra capitulação ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302). *Mutatis mutandis*, na discussão da culpabilidade, porém, ainda mantém pertinência.

Finalismo, p. 512.

967. Menoridade — prova

Quando se tem dúvida sobre se o agente tem mais de 18 anos ou não, ou se tem menos de 21 anos, como proceder?

Segundo a Súm. n. 74 – STJ, "para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil". Nessa esteira, "a alegação de menoridade do réu, para efeito de redução do lapso prescricional, exige a sua comprovação mediante certidão específica extraída do assento do Registro Civil das Pessoas Naturais" (*HC* n. 68.952-SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 21-2-92, p. 1.695, *RTJ*, *140*:164, j. 10-12-91, 1ª T. STF, v.u.).

De fato, normalmente a idade se prova por certidão de nascimento, acompanhada de prova de identidade. Mas, mesmo à falta da certidão de nascimento, é possível admitir a prova da menoridade desde que demonstrada por meio idôneo (STF, RE 90.585, *DJU*, 30-5-80; *JTACrim*, *68*:272, *67*:469; *RT*, *521*:396, *561*:406, *v.g.*).

Força é convir devam admitir-se como prova idônea de idade as informações fornecidas pelo instituto de identificação oficial do Estado; em casos extremos, uma perícia para determinação da idade pode ser útil (ALMEIDA JÚNIOR e COSTA JÚNIOR, *Lições de medicina legal*, p. 39 e s., Cia. Editora Nacional, 1973).

Ministério Público

968. Ministério Público — *v.*

Art. 41 do CPP — denúncia — prazo, p. 110.

Art. 252 do CPP (impedimentos), p. 288.

Art. 310 do CPP, p. 314.

Art. 577 do CPP (recurso do MP a favor do réu), p. 367.

Contraditório, p. 428 e 429.

Crimes contra a honra (representação), p. 458.

Denúncia – diversos, p. 471.

Habeas-corpus (autoridade coatora), p. 522.

Intimação, p. 537.

Inviolabilidade – membro do Ministério Público, p. 538.

Prazos do Ministério Público, p. 694.

Promotor ad hoc, p. 715.

Promotor de Justiça, p. 714.

Promotor de Justiça (faltas), p. 715.

Requisições do Ministério Público, p. 737.

969. Ministério Público — nulidade — falta de alegações finais ou contra-razões — *v.* tb.

Art. 601 do CPP, p. 379.

Contraditório, p. 429.

Ministério Público – recusa de manifestação, p. 655.

Promotor de Justiça, p. 716.

Sem dúvida, é imperioso assegurar-se o contraditório no processo penal, com a participação do Ministério Público e da defesa em todos os atos do processo penal.

Entretanto, se nos autos de processo criminal faltam as razões ou contra-razões de apelo, ou até mesmo as alegações finais a cargo do Ministério Público, por essa nulidade não poderá a instituição porfiar, se tiver sido causada por ela própria.

Se ao Promotor de Justiça foi dada oportunidade para os debates finais da causa, e se ele se limitou a reiterar diligências requeridas em fase anterior, cujo cumprimento não impediria o prosseguimento normal do processo, poderá advir preclusão para sua manifestação nessa fase processual. Da mesma forma, se recebeu os autos para arrazoar recurso por ele interposto, mas

limitou-se a fazer requerimentos ou a manifestar-se sobre incidentes processuais outros, não poderá mais tarde argüir nulidade por falta de arrazoamento de seu recurso, se oportunidade teve para tanto, mas não a usou no momento adequado. Ainda igualmente, se lhe foram remetidos os autos com vista para contra-arrazoar um apelo, e muito pouco ou nada disse, seja reiterando alegações finais anteriores ou nada acrescentando, sem examinar a tese do recurso nem questões posteriores à manifestação por ele reiterada, como a fixação da pena, poderá até cometer falta funcional, mas isso não impedirá o desenvolvimento normal do processo.

Ora, o Cód. de Processo Penal não erige a motivo de nulidade *a falta de alegações finais*, e sim *a falta de concessão de prazo para seu oferecimento* (CPP, art. 564, III, *e*). Nem considera indispensável a apresentação de razões ou contrarazões de apelo (CPP, art. 601).

É dever constitucional dos membros do Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (CF, art. 129, VIII, *in fine*). Por *fundamentos jurídicos* não quer a norma referir-se à mera indicação de artigos de lei, mas sim aos fundamentos de Direito em que se baseia a manifestação (indicação dos fatos e do Direito aplicável à hipótese). Na mesma esteira, o art. 43, III, da Lei federal n. 8.625/93 exige manifestação fundamentada dos membros do Ministério Público, inclusive na fase recursal.

Contudo, o próprio Ministério Público não pode argüir a nulidade por falta da própria manifestação, se a ela deu causa, nem tampouco o réu, se não lhe aproveitaria a nulidade (CPP, art. 565).

Outrossim, tem-se entendido que se sana a falta de manifestação ministerial em primeiro grau, se em segundo grau se ouviu o Ministério Público: "Ministério Público — Subida de recurso — Falta da manifestação do Ministério Público, em primeira instância — Saneamento na instância superior pela oi-

tiva da Subprocuradoria Geral da República — Preliminar de nulidade repelida” (*RT*, *688*:365-STJ).

É verdade que já temos sustentado que, “na área penal, a promoção da ação penal lhe é privativa: não pode o membro ministerial recusar-se a oficiar, em hipótese alguma. Se faltar ao ato, mesmo nos casos de promoção da ação privada subsidiária (CR, art. 5º, LIX), deve-se adiar o ato ou acionar o substituto legal do faltoso, sem prejuízo da eventual responsabilidade funcional do membro omisso” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 259, Saraiva, 1993). Mas em tal posicionamento quisemos alcançar *atos insubstituíveis* do Ministério Público, como o oferecimento da denúncia ou a acusação no júri, que não podem ser praticados nem mesmo por promotor *ad hoc*. Mas, que à preclusão se sujeita o Ministério Público, não há negar: é o que ocorre se não interpõe o recurso no prazo da lei, ou não apresenta as alegações finais oportunamente. Mesmo para o atraso no oferecimento da própria denúncia, é a Lei Maior quem dá a sanção: poderá ser proposta a ação penal privada subsidiária (CR, art. 5º, LIX; CPP, art. 29).

970. Ministério Público — nulidade — recusa de manifestação — *v.* tb.

Ministério Público — falta de manifestação, p. 653.

E, se mais do que meramente faltar manifestação ministerial, o Promotor de Justiça se *recusar* a lançá-la, até porque entenda que o processamento não esteja adequado? Como proceder?

A solução não será substancialmente diversa do que até agora vimos sustentando. Acrescente-se, porém, que, pelo princípio da eventualidade, deve o Promotor de Justiça lançar sua objeção, acaso pertinente, ligada ao andamento do feito que repute inadequado, mas não deve omitir o pronunciamento institucional dele exigido.

Havendo recusa na manifestação, não há nulidade a alegar: como não tem o Juiz como obrigar o órgão do Ministério Público a manifestar-se, basta que lhe dê oportunidade para fazê-lo (AI n. 199.369-8 — SP, 7ª Câm. 2º TACivSP, m.v.; HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, art. 84, v. I, ed. Rev. dos Tribunais, 1976; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XVI, p. 19, ed. Forense, 1977; *RT*, *572*:53; *RTJ*, *110*:310-STF, *v.g.*). E, ainda que nulidade houvesse, o próprio Ministério Público não a poderia alegar, pois que a teria causado; nem a defesa, pois seria formalidade de interesse da acusação (art. 565 do CPP).

Motivo fútil

971. Motivo fútil — conceito

"Considera-se fútil a razão que, pela sua frivolidade, não pode determinar prática de ato algum. Assim, não se pode reconhecer a agravante quanto é o agente levado ao crime pelo ciúme" (*JTACrimSP*, *18*:179, rel. Juiz Valentim Silva).

Multa

972. Multa — *v.*

Art. 60, § 2º, do CP, p. 119.

Art. 72 do CP (concurso de crimes), p. 145.

Multa – correção monetária, p. 664.

Multa – leis especiais, p. 667.

Pena, p. 679.

973. Multa — fixação do dia-multa — *v.* tb.

Pena – fixação, p. 685.

"O entendimento é o de que o dia-multa é calculado no mínimo, ou seja, 1/30 do salário-mínimo quando o agente recebe

a remuneração mensal de um salário-mínimo. Assim, para efeito de justiça, se o agente percebe uma remuneração mensal pertinente a 25 vezes o salário-mínimo, o dia-multa, na hipótese da condenação, é de ser fixado em 25/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos" (Ap. n. 1.020.445-Capital, 6ª Câm. TACrim, j. 25-9-96, rel. Almeida Braga).

974. Multa — critérios para fixação — *v.* tb.

Pena – fixação, p. 685.

Os critérios para fixar a pena de multa são os mesmos que os da imposição da pena corporal, exceto no tocante a algumas regras especiais, como à atenção à situação econômica do réu (CP, art. 60), o caráter substitutivo em alguns casos (CP, art. 60, § 2º), e a imposição sempre cumulativa, quer se trate de concurso material, formal ou crime continuado (CP, art. 72).

Assim, "se a pena privativa de liberdade é estabelecida no mínimo legal, o número de dias-multa também deve permanecer no patamar inferior, e se o julgador resolve, pelos maus antecedentes, impor acréscimo à pena carcerária, igual fração há de ser adotada no que diz respeito à pecuniária" (*RJDTACrim*, *15*:148).

Em interessante precedente a respeito do assunto, o Tribunal de Justiça paulista bem discutiu os critérios de fixação da pena de multa:

"A d. Juíza de primeiro grau resolveu estabelecer o número de dias-multa acima do mínimo legal, por entender que o réu não pode ser considerado como pessoa pobre, na acepção jurídica do termo. Entretanto, o valor unitário do dia-multa restou fixado no mínimo legal. O critério adotado pela Juíza monocrática, *data venia*, não está correto. É sabido que a Lei n. 7.209, de 1984, criou em substituição ao tarifário, de modo generalizado, o sistema de *dias-multa*. Oriundo do direito escandinavo, vem sendo adotado por quase todas as legislações modernas. Acontece, todavia, que o legislador brasileiro, na Reforma Penal

de 1984, não disciplinou, com o necessário rigor científico, os critérios para a fixação da sanção pecuniária (números e valores unitários dos dias-multa).

"Contudo, analisando-se meticulosamente as normas vigentes depreende-se que a fixação da multa, na atualidade, comporta duas fases. Em primeiro lugar, o Juiz, tendo em conta a natureza do delito e as demais circunstâncias individualizadoras mencionadas no art. 59 do Cód. Penal, estabelece o *número* de *dias-multa*, atendo-se aos limites previstos em lei (art. 49). Nessa fase inicial, descabem indagações a respeito da situação econômica do agente: pobres e ricos estão no mesmo patamar, nas mesmas condições. O que se deve considerar, inicialmente é o grau do injusto e da culpabilidade, bem como a personalidade do condenado, como determina o art. 59 do Cód. Penal.

"Após estipular o número de dias multa, *começa a segunda fase,* qual seja o estabelecimento do valor unitário do dia-multa, observando-se, agora sim, a situação econômica do condenado (art. 60).

"O valor do dia-multa, em princípio, deve corresponder à importância que o condenado consegue perceber por um dia de serviço. É o mesmo sistema que vigorava no Código Criminal do Império, cujo art. 55 dispunha que *a pena de multa será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria*. Tanto assim que a lei estabelece que o valor mínimo do dia-multa corresponde a um salário mínimo diário (igual a 1/30 do salário mínimo mensal — art. 49, § 1º do Cód. Penal). A pena mínima não poderá ser inferior à remuneração devida por dez dias de trabalho, ressalvadas as hipóteses em que existam causas obrigatórias de diminuição de pena.

"Nessa segunda fase, há, indubitavelmente, distinção entre ricos e pobres. Quem ganha mais, paga mais. Quem ganha menos, paga menos. Dessa maneira, é respeitado o princípio da equidade. Por sinal, o Prof. Ruy Barbosa prelecionava que 'tratar

com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante'.

"Em suma, no estabelecimento dos dias-multa o Juiz levará em conta o grau do injusto e da culpabilidade, não fazendo nenhuma distinção entre ricos e pobres. Na segunda fase, estabelecerá o valor unitário do dia-multa, obedecidos os patamares constantes da lei, com base na situação econômica do condenado. Aí sim, para se chegar a uma igualdade, ricos e pobres são tratados desigualmente.

"Eminentes catedráticos perfilham esse entendimento, dentre os quais podem ser citados CELSO DELMANTO (*Código Penal Comentado*, ed. de 1986, p. 77); ALBERTO SILVA FRANCO (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2ª ed., p. 143); LUIZ RÉGIS PRADO, (*Pena de multa*, ed. de 1989, págs. 59 e 60); RICARDO ANTUNES ANDREUCCI (*JTACrim*, *87*:7), que, aliás cita vários doutrinadores estrangeiros adeptos da mesma tese" (Ap. Cr. n. 229.087-3-7 – TJSP, rel. Silva Pinto, j. 20-10-97).

975. Multa — multa e reincidência — *v.*

Art. 63 do CP, p. 129.

976. Multa — conversão da pena privativa de liberdade em multa — quando não cabe

"Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa" (Súm. n. 171 – STJ).

977. Multa — conversão em pena privativa de liberdade — descabimento — conversão em pena restritiva de direitos — inconstitucionalidade — *v.*

Lei n. 9.099/95 – art. 76 (não-pagamento da multa ajustada), p. 578.

Lei n. 9.099/95 – art. 85 (conversão da multa em pena restritiva de direitos), p. 584.

978. Multa — unidade monetária — frações desprezáveis — *v.* tb.

Pena – frações de dia, p. 680.

Como já tem decidido o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, "o art. 11 do Cód. Penal deve ser interpretado como determinante de desprezo à fração da unidade corrente de moeda" (*RJDTACrim*, *2*:118; no mesmo sentido, cf. *JTACrim*, *97*:288), pois "a regra do art. 11 do Cód. Penal, embora por óbvio, se refira à moeda vigente à época da sua edição, estende-se aos padrões monetários supervenientes. O entendimento contrário resultaria em prejuízo ao réu, restringindo-se o alcance da norma. Admissível, pois, o desprezo, nas penas de multa das frações do padrão monetário vigente" (*RJDTACrim*, *5*:34).

No tocante à fixação da multa, algumas sentenças se valem de frações de dia-multa para a imposição da pena pecuniária. Verdade é que há respeitáveis entendimentos divergentes a respeito da matéria, uns no sentido de que "o dia-multa, como unidade de medida de valor, é fracionável" (*RJDTACrim*, *3*:150); outros, a sustentar que, "no cálculo de pena de multa fracionada, não se procede ao arredondamento para mais, nem para menos: mantém-se o resultado em fração, e somente depois de ser ele convertido em cruzeiros, no momento da execução, é que se fará o desprezo dos centavos, conforme dispõe o art. 11 do CP" (*RJDTACrim*, *6*:125).

Mais correto se nos afigura entender que as frações de dia-multa devem ser de pronto desprezadas, como o são as frações de dia nas penas privativas de liberdade (*JTACrim*, *92*:353 e *88*:342).

979. Multa — pagamento por terceiro

A multa penal é pena. Ora, como regra geral, prevalece em nosso Direito o princípio da *personalidade das penas*: a execução do direito de punir só é possível contra o próprio condenado, e não pode passar a pena da pessoa do condenado (CF, art. 5º,

XLV); em vista da natureza da multa penal, esse princípio também vale para esta última.

Ora, a execução da pena de multa é o seu pagamento (art. 686 do CPP). Seria possível que, nos casos de penas pecuniárias, outros que não o próprio condenado acabem-na pagando ou sendo responsabilizados pelo seu pagamento?

À primeira vista poderia parecer que não; afinal, isso não seria o mesmo que admitir, *mutatis mutandis*, que terceiro pudesse se apresentar para cumprir a pena corporal do réu?

Pelas peculiaridades da sanção pecuniária, porém, o próprio legislador já vinha admitindo e continua a admitir a responsabilização civil de terceiros pelo pagamento da multa penal: era o caso, *v.g.*, da caução fidejussória, quando se admitia a conversão da multa em prisão (art. 690, II, do CPP), e é o caso atual de sua transformação em dívida de valor (art. 51 do CP, com a redação da Lei n. 9.268/96). Neste último caso, como dívida de valor, a multa poderá ser cobrada como obrigação civil — embora valha a ressalva de TOURINHO FILHO, a nosso ver correta, de que, no caso de morte do réu, não poderá a dívida ser cobrada de sucessores, pois isso violaria a norma constitucional (*Processo penal*, t. I, p. 477, ed. 1990).

Entretanto, não há óbice legal ao pagamento voluntário da multa por terceiro, ainda que só tenha interesse moral. O princípio constitucional, da personalidade da pena, apenas veda a execução da pena, *enquanto pena*, além da pessoa do delinqüente; mas o pagamento da quantia, feito por terceiro, não mais feito como *pena*, e sim de forma voluntária, terá, no máximo, caráter civil. Recebido o valor, ocorre como que uma renúncia ao *ius puniendi* do Estado (direito de executar a pena em relação ao próprio réu). E, em doutrina, já se reconhece que não são matéria de direito estrito as causas de extinção de punibilidade do art. 107 do Cód. Penal: seria o caso de aqui acrescentar a extinção da punibilidade pelo pagamento da multa por parte de terceiro.

980. Multa — caráter penal — competência para a execução

Quando a Lei n. 9.268/96 considerou a multa penal *dívida de valor*, não lhe retirou o caráter sancionatório penal[82], mas apenas quis com isso: *a)* submetê-la à atualização monetária; *b)* impor o rito a ser observado, que é o das execuções contra a Fazenda Pública; *c)* impedir sua conversão em prisão. Desta forma, mesmo após o advento da Lei n. 9.268/96, a multa não perdeu o caráter penal, de forma que tem o Ministério Público legitimidade para promover sua execução perante o Juízo das Execuções Criminais (Agr. em exec. n. 1.082.239-2, TACrim, rel. Renato Nalini, 11ª Câm., v.u., j. 1º-12-97, *Boletim IBCCrim — Jurisprudência*, *66*:258; Agr. em exec. n. 1.037.763-3, TACrim, rel. René Ricupero, 14ª Câm., m.v., j. 28-1-97; Agr. em exec. n. 1.045.375-1, TACrim, rel. Geraldo Lucena, 15ª Câm., v.u., j. 3-2-97; Agr. em exec. n. 1.036.425-1, TACrim, rel. Xavier de Aquino, 11ª Câm., v.u., j. 9-12-96, *RT*, *740*:621). Tanto é isso verdade que restaram inalterados: *a)* o art. 32, III, do Cód. Penal, que a considera pena; *b)* o art. 81, II, do Cód. Penal, que impõe a revogação do *sursis* para o condenado solvente que frustrar a execução da pena de multa; *c)* o art. 118, § 1º, da Lei de Execução Penal, que prevê regressão por falta de pagamento da multa; *d)* o art. 164 da Lei de Execução Penal, que disciplina a execução da pena de multa no juízo criminal competente.

A 11ª Câm. do TACrim, acolhendo agravo do Ministério Público, reconheceu as atribuições deste e a competência do Juízo das Execuções Criminais para proceder à execução da pena pecuniária, aplicando-se as normas da legislação relativa à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública: "a Lei n. 9.268, de 1º-4-96, em nenhum momento modificou a competência do Juízo criminal para proceder à execução da sanção pecuniária. A única alteração de fundo havida diz respeito à adoção de novo rito

---

82. Em sentido contrário, DAMÁSIO E. DE JESUS sustentou que a multa teria passado a ter caráter extrapenal (*Boletim IBCCrim*, n. 41, maio/96, p. 6).

procedimental destinado a proporcionar ao Estado-Administração, na busca da persecução criminal, uma mais célere e efetiva cobrança da pena imposta, de molde a fazer o agente cumprir a retribuição estatal. Ao considerar a multa *dívida de valor*, a Lei n. 9.268/96, além de impossibilitar sua conversão em custódia carcerária, quis dizer que ela está sujeita à atualização monetária até o seu efetivo pagamento. O Ministério Público continua tendo atribuição para promover a execução da pena pecuniária imposta em sentença criminal, sendo competente o Juízo da Vara das Execuções Criminais" (Agr. em exec. n. 1.036.425-1 — S. Paulo, v.u., rel. Juiz Xavier de Aquino; *DOE*, Seç. I, 9-1-96, p. 25 — publ. *RT, 740*:621; no mesmo sentido, cf. Agr. em exec. n. 1.037.763-3, rel. Juiz René Ricupero).

981. Multa — inviabilidade do *habeas-corpus* para discutir multa penal — *v.* tb.

Habeas-corpus, p. 520.

Como a Lei n. 9.268/96 tornou inadmissível a conversão da pena pecuniária em detentiva, não mais se conhece de *habeas-corpus* no tocante à dosimetria da pena de multa, porque não há mais como surgir a hipótese de constrição ilegal à liberdade de locomoção do réu (*HC* n. 73.744, STF, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 28-10-96, p. 41.030; *HC* n. 74.226, STF, 2ª T., rel. Min. Maurício Correa, *DJU*, 28-10-96, p. 41.031).

982. Multa — recolhimento ao fundo penitenciário

Se na transação penal de que cuida o art. 76 da Lei n. 9.099/95, o Ministério Público propõe ao autor do fato que ele pague 10 dias-multa ao fundo penitenciário do Estado, e se o autor do fato e seu advogado concordam com a proposta, poderia o Juiz, unilateralmente, ou com a só concordância do autor do fato e seu defensor, alterar a destinação da multa, votando-a a uma instituição de caridade local? Se assim proceder o Juiz, e

proferir em seguida sentença homologando a suposta avença, sem dúvida caberá apelação do Ministério Público.

Primeiro, porque falta ao Juízo iniciativa para a proposta, pois qualquer iniciativa de transação penal deve partir do Ministério Público, titular privativo da ação penal (CR, art. 129, I; Lei n. 9.099/95, art. 76 *caput* e § 4º). Depois, porque, tratando-se de avença entre as partes, cuja homologação caberia ao Juiz, não poderia este homologar senão algo que tivesse a aquiescência de *ambas as partes*. Por último, a lei federal impõe que a execução da pena de multa, inclusive da legislação especial (salvo quando esta disponha diversamente), se faça com o pagamento de uma quantia fixada na sentença *ao fundo penitenciário* (art. 49 do Cód. Penal).

Multa – correção monetária

983. Multa — correção monetária — *v.*

Art. 60, § 2º, do CP, p. 119.

Lei n. 4.771/65, p. 557.

Multa, p. 656.

Multa – leis especiais, p. 667.

984. Multa — correção monetária — constitucionalidade — marco inicial

Diante dos expressos termos do § 1º do art. 49 do Cód. Penal, estabelecendo piso mínimo "ao tempo do fato", e não constituindo a correção monetária alteração da expressão nominal da dívida mas simples atualização monetária, o ponto de partida da correção deve ser estabelecido na data do fato. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito (REsp n. 41.438-5-SP — 93/33693-2 — *DJU* 17-10-94, p. 27.906; 5ª T. STJ, j. 28-9-94, v.u., rel. Min. Assis Toledo; REsp 693.147-9-STJ, *DJU*, 13-10-92; *RT*, *672*:323, *645*:255-261, *620*:405; *JTA*-

Crim, *95*:45-6; no mesmo sentido, *v.* MIRABETE, *Manual de direito penal*, v. I, p. 270, 6ª ed.).

Na parte em que reconhece a existência da infração penal e afirma a sua autoria, a sentença condenatória tem caráter meramente declaratório. O princípio da presunção de inocência prevalece até sobrevir o trânsito em julgado da condenação; neste momento, do efeito declaratório da sentença decorre diretamente responsabilidade civil e criminal do réu pelo fato ao tempo em que cometido.

Nada tem de inconstitucional o fato de que a multa penal venha a ser corrigida a partir da data da infração, até porque a correção monetária apenas visa a manter a correspondência real do valor da moeda, que já existia no momento em que o réu praticou a infração penal. Tanto a lei se preocupa em fazer com que a multa mantenha expressão monetária correspondente à época da infração, que o § 1º do art. 49 do Cód. Penal exige vinculação da multa ao salário-mínimo vigente *ao tempo do fato*.

Nem se diga que o importe final da pena seja incerto. Na verdade, é certa a correspondência da multa com uma proporção do salário-mínimo vigente ao tempo do fato; a partir daí, também é certa a atualização a pagar, pois os índices oficiais de correção apenas se destinam a assegurar que a moeda mantenha a *mesma expressão econômica*, apesar da inflação. Isso garante que a pena de multa, com todas as atualizações a partir da data do fato, não possa ultrapassar a proporção do salário-mínimo a que correspondia, na moeda vigente ao tempo do fato; outrossim, o réu não será surpreendido com uma correção monetária superior à de seu próprio patrimônio eventualmente poupado, porque sujeito às mesmas regras de atualização oficial nesse período. Em outras palavras, "a pena pecuniária atualizada é a mesma do tempo do fato" (*JTACrim*, *95*:56).

Se fosse inconstitucional o § 2º do art. 49 do Cód. Penal, por fixar pena indeterminada, do mesmo vício padeceriam as outras alternativas a respeito, que procuram fixar o início da correção monetária com o trânsito em julgado da condenação ou

com a citação para a execução... Também aqui se poderia vislumbrar, embora também de forma equivocada, uma pena indeterminada e claramente inconstitucional. Por que seria mais inconstitucional admitir a correção monetária desde o crime, e menos ou nada inconstitucional admiti-la desde a condenação?

O trânsito em julgado da sentença condenatória apenas fixa o momento em que se pode proceder à execução definitiva. Por sua vez, a citação para a execução só fixa o momento a partir do qual o réu está *obrigado a pagar* a multa e, portanto, a partir do qual *pode ser cobrada a multa* (art. 164 do CP); não fixa o momento a partir do qual a multa *é devida*.

Enfim, a correção monetária não é um *plus* na pena, e sim apenas atualiza a expressão monetária da multa (*RJDTACrim*, *8*:148, *4*:115), razão pela qual deve incidir desde a data da infração penal.

Em vista da Lei n. 9.268/96, que transformou a multa penal em *dívida de valor*, reafirma-se estar ela sujeita à atualização monetária até que ocorra seu efetivo pagamento (Agr. em exec. n. 1.036.425-1- Capital, TACrim, 16ª Câm., v.u., rel. Juiz Xavier de Aquino).

985. Multa — correção monetária — índice

A lei penal limita-se a dizer que "o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária" (CP, art. 49, § 2º), mas não esclarece quais sejam esses índices.

Depois de ser medida em ORTN, a correção monetária passou a ser medida em OTN (cf. Dec.-Leis ns. 2.283/86 e 2.284/86, e art. 75, *a*, da Lei n. 7.799, de 10-7-89); depois, passou-se ao BTN, e depois de novas medidas econômicas, a Lei n. 8.177, de 1º-3-91, instituiu a Taxa Referencial de juros — TR (arts. 3º, II, e 5º), que vem sendo aplicada como critério de atualização monetária para a multa penal (*RT*, *683*:327; *RJDTACrim*, *14*:22; *RJTJSP*, *144*:295, *140*:285 e *139*:301). Nes-

se caso, o entendimento jurisprudencial tem caminhado no sentido de usar os indicadores oficiais vigentes para correção monetária, ou aqueles que os venham a substituir, da mesma maneira que se faz em relação às multas previstas no Cód. Penal, como sustenta MIRABETE (*Manual de direito penal*, I, n. 7.4.1, p. 270, ed. Atlas, 1991).

Multa – leis especiais

986. Multa — leis especiais — *v.* tb.

Multa, p. 656.

Multa – correção monetária, p. 664.

A fixação da pena de multa deve ser adequada ao sistema de dias-multa, dentro dos parâmetros do art. 49 do Cód. Penal, que é aplicável às leis especiais que estipulam penas de multa, à vista do art. 2º da Lei n. 7.209/84 (no mesmo sentido, cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, art. 49, ed. Saraiva, 1991; CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, art. 49, p. 76-77, ed. Freitas Bastos, 1986).

Nulidades

987. Nulidades — *v.*

Defesa (deficiência), p. 469.

Instrumentalidade, p. 535.

Julgamento, p. 548.

Ministério Público, p. 653.

Rito processual, p. 752.

988. Nulidades — incolumidade do separável — conseqüências do ato nulo

O chamado *princípio da incolumidade do separável* quer significar que a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as

outras, que dela sejam independentes. Ou, nas palavras de PONTES DE MIRANDA, é "o princípio da incolumidade de qualquer parte juridicamente separável da parte nula ou das partes nulas" (*Comentários ao Código de Processo Civil* de 1973, III, nota ao art. 248, p. 345, ed. Forense, 1974; do mesmo autor, *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, nota ao art. 378, IV, p. 31, ed. Forense, 1959).

Assim, se num processo há vários réus, e só com relação a um deles houve vício na citação, será válida a condenação de todos os réus menos, naturalmente, a daquele cuja citação foi írrita. E isso porque a nulidade contamina os atos que dependam necessariamente daquele que foi nulificado, mas não os atos que dele sejam independentes.

Tomemos outro exemplo. Suponhamos que a sentença atenda a todos os requisitos legais de relatório e fundamentação, e no dispositivo fixe corretamente a pena, mas, ao final, deixa de dispor sobre o regime inicial de cumprimento da pena. Não se perderá o esforço processual contido na sentença: havendo inconformidade da acusação, apenas esse ponto será corrigido; se houver apelo só do réu, na impossibilidade de fixar-se regime mais rigoroso, havendo mais de uma alternativa possível, o tribunal aplicará aquela mais favorável ao apelante. Somente quando não houver possibilidade de reparar o erro sem nulificar todo o ato, é que a solução mais drástica será adotada.

989. Nulidades — vícios do inquérito policial — *v.* tb.

Inquérito policial, p. 534.

Nulidade — incolumidade do separável, p. 667.

Ainda que nulidade haja no inquérito policial, só por si ela não se transmitiria para a instrução judicial, como a doutrina e a jurisprudência reconhecem pacificamente, em virtude do princípio da *incolumidade do separável*.

990. Nulidades — julgamento *infra* ou *extra petita* — quando há nulidade

Se a sentença profere julgamento *infra petita* ou *extra petita*, isso será causa de nulidade da sentença, pois deve ela responder a toda a imputação, acolhendo-a ou rejeitando-a por expresso, e sem sair dos limites da própria imputação.

Para que tal vício possa ser reconhecido, é mister haja prejuízo, a ser argüido pela parte a quem aproveite a declaração da nulidade. Assim, se a sentença não apreciou uma preliminar ou uma tese de defesa (como decadência, prescrição, causa de diminuição da pena, ou ainda qualquer matéria ou defesa que obste à condenação ou de algum modo beneficie o acusado), mas absolveu o réu no mérito, não teria ele interesse processual para apelar, nem poderia o tribunal reconhecer o defeito, que em nada beneficiaria a defesa; caso contrário, se, sobre ter sido *infra* ou *citra petita*, a sentença ainda condenou o réu, terá ele evidente interesse processual em buscar o reconhecimento da nulidade (*JTACrim*, *83*:276; *70*:405). Enfim, para que a nulidade seja reconhecida em proveito de quem a invoque, a omissão contida no julgamento *citra petita* há de ser daquelas que de alguma forma o prejudique (*JTACrim*, *50*:153).

E se a sentença não apreciou uma das imputações, mas transitou em julgado para a acusação? Nesse caso, a sentença *citra petita* é nula, sem dúvida, mas sua nulidade só poderá ser reconhecida se o pedir a defesa (Súm. 160-STF). Se a defesa apelar em busca da absolvição e não da nulidade, será absolvição que obterá (*JTACrim*, *83*:375-8, *77*:281-2, *76*:333, *73*:353, *53*:285; *36*:191; *RT, 607*:336). Mas, se só a defesa apelou em busca da nulidade, e a vê declarada pelo tribunal, a nova sentença a ser proferida em substituição à sentença nulificada não poderá agravar a pena do réu, senão ocorreria uma inadmissível *reformatio in pejus*, ainda que indireta[83].

---

83. Sobre a *reformatio in pejus* indireta, *v.* p. 385.

Mas, se, em virtude de julgamento *infra petita* ou *citra petita*, o Juiz deixou de apreciar uma imputação formulada contra o réu, cujo acolhimento poderia agravar de algum modo sua pena, o Ministério Público, não conseguindo ver sanado o erro por meio de embargos de declaração, poderia apelar para argüir a nulidade da sentença, que seria acolhida pelo tribunal (*JTACrim*, *41*:189).

991. Nulidades — julgamento infra ou extra petita — inocorrência

V. tb. verbete abaixo

A sentença que rejeite alguns dos pedidos condenatórios formulados na denúncia não é *infra petita* ou *citra petita*; estes vícios só ocorrem quando a sentença, de alguma forma, decidiu *fora* dos limites dos pedidos das partes. Quando a sentença *recusa* alguns dos pedidos, seja do autor, seja do réu, não está *fora dos limites dos pedidos*. Tanto que eventual apelo da parte interessada permitirá a correção do *decisum* (o tribunal poderá diretamente conceder o pedido recusado). Mas, se a sentença julgou fora dos limites dos pedidos das partes, em sede de eventual apelo o tribunal não poderá conceder o pedido omitido na sentença, pois aí estaria suprimindo um grau de jurisdição sobre aquela matéria; nesse caso, só restará ao tribunal anular a sentença, para que outra seja proferida e enfrente o julgamento dentro dos limites dos pedidos.

Tomemos um exemplo. Uma sentença que reconheça ter o réu roubado duas pessoas, mas, diversamente da capitulação da inicial, entenda que, em vez de concurso de delitos, teria havido crime único, não estará decidindo *infra petita*, mas sim dentro do pedido, embora recusando-o em parte. Se essa classificação está correta ou não, isso é matéria que pode e deve ser apreciada e eventualmente corrigida pelo tribunal, em sede de apelo. Mas se a denúncia imputou ao réu dois roubos, e a sentença só discutiu e deliberou sobre um deles, aí sim terá havido julgamento *infra petita*, e, mesmo em sede de apelo de ambas as partes, não poderá o

tribunal condenar nem absolver o réu pelo crime que não foi sequer julgado em primeiro grau: deverá nulificar a sentença.

992. Nulidades — jurisdição exaurida — quando o Juiz não pode decidir novamente questão já decidida

V. tb. verbete acima

Com a prolação da sentença, o Juiz exaure sua jurisdição. Isso o impediria de decretar, subseqüentemente, a extinção da punibilidade?

Sem dúvida pode o Juiz decretar a extinção da punibilidade desde o oferecimento da denúncia até a prolação da sentença; poderá ainda decretá-la no momento da execução da pena, quando fato superveniente extinguir o direito de punir do Estado.

O que não se pode, porém, é admitir que o Juiz, *depois de esgotar a prestação jurisdicional*, ou seja, depois de ter proferido sentença já transitada em julgado, julgue outra vez a causa, para decretar a prescrição por causa jurídica *anterior* à prolação da sentença condenatória e que tinha sido, expressa ou implicitamente, afastada nesta última.

Assim, por exemplo, nada impedirá que o Juiz da execução decrete a extinção da punibilidade pela prescrição superveniente, ocorrida depois da sentença, ou em virtude de *abolitio criminis* ocorrida depois do trânsito em julgado.

Entretanto, não poderá o juízo da execução decretar a extinção da punibilidade em razão de um ponto de fato ou de direito que já tinha sido recusado pelo juízo de conhecimento. Se isso lhe fosse possível, o Juiz consistir-se-ia em instância revisora de sua própria jurisdição, o que o sistema vigente não permite.

Poder-se-ia dizer: mas e se havia mesmo uma causa de extinção de punibilidade anterior à sentença, e indevidamente não fora ela discutida, ou fora indevidamente recusada pelo Juiz da sentença? Nesse caso, somente o *habeas-corpus* ou a revisão crimi-

nal poderiam reparar o erro; não a decisão do Juiz da execução, que não constitui instância superior à do juízo de conhecimento.

Pedido de restituição

993. Pedido de restituição — *v.*

Apreensão da res, p. 54.

Art. 120 do CPP, p. 165.

Busca e apreensão, p. 398.

Mandado de segurança, p. 649.

994. Pedido de restituição — recurso cabível — apelação — *v.* tb.

Mandado de segurança, 649.

Recursos, p. 722.

Segundo a Súm. n. 267 – STF, é inadmissível o mandado de segurança para reformar decisão que indefere pedido de restituição de coisa apreendida, que só pode ser impugnada, em incidente próprio, por meio de apelação, na forma do art. 593, II, do Cód. de Processo Penal (*RT*, *659*:269, *616*:296).

995. Pedido de restituição — caso de estelionato e não furto — *v.* tb.

Apreensão da res – *furto*, p. 54.

Art. 120 do CP, p. 165.

Art. 155 do CP, p. 181.

Art. 171 do CP, p. 245.

Busca e apreensão, p. 398.

Costuma ensejar controvérsia o pedido de restituição de coisas apreendidas no processo penal. Enquanto interessarem ao processo, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas (CPP, art. 118); em alguns casos, não será possível sua restituição nem

mesmo depois do trânsito em julgado da sentença (como instrumentos do crime, cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, cf. arts. 119 do CPP e 91, II, do CP), ressalvados os direitos do lesado ou de terceiros de boa-fé (CPP, art. 119).

Não raro as vítimas de crimes patrimoniais, ou terceiros, alegando boa-fé, ou o próprio réu, comparecem para pedir a restituição de coisas apreendidas, como o objeto material de crimes patrimoniais.

O art. 521 do Cód. Civil dispõe: "aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel, ou título ao portador, pode recuperá-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu".

Entretanto, "em se tratando de estelionato e não de furto ou de perda, a vítima não o pode reaver de quem o detenha mediante aquisição regular. E se nem a própria vítima o pode reaver de tal adquirente, também a autoridade policial não pode determinar a apreensão de veículo assim adquirido", de forma que é cabível a restituição em favor do comprador de boa-fé, sem prejuízo do regular prosseguimento das investigações criminais e, eventualmente, da ação penal, podendo a vítima do ilícito voltar-se contra seu autor, reclamando a indenização patrimonial cabível (*RT*, *510*:86-TJSP).

Em suma, "o que não se pode é atingir terceiro de boa-fé, ainda que pelo simples expediente da apreensão em inquérito policial, seguida de depósito. Nem se veja a possibilidade de assimilação de situações entre a perda, o furto e o estelionato, para efeito de incidência, em qualquer dos casos, do art. 521 do Cód. Civil. Na perda e no furto, o proprietário, que perde ou sofre o furto, não manifesta sua vontade de transmitir o domínio. E, então, pode reaver a coisa de quem a detenha. Ao passo que, no estelionato, bem ou mal, ludibriado embora pelo estelionatário, acaba manifestando sua vontade, posto que viciadamente. E aí não se trata de alienação, juridicamente inexistente, nem mesmo nula. Mas, eventualmente anulável, por dolo de uma das

partes (CC, arts. 147, II, 92, 152 e 158). Invoca-se aqui a doutrina de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, Borsói, 1955, tomo 10, § 1.134, n. 1, p. 394-5) e copiosa jurisprudência (*v.*, *mutatis mutandis*, *RT, 230*:351, *300*:313, *350*:545, *256*:181, *287*:389, *280*:219, *285*:294; *JTACivSP*, *7*:353, *4*:336)" (*RT*, *510*:86-TJSP).

996. Pedido de restituição — perda de instrumento usado na prática de contravenção — *v.* tb.

Arma, p. 57.

Art. 19 da LCP, p. 69.

Art. 91, II, do CP, p. 149.

Lei n. 9.437/97, p. 618.

A contravenção penal do art. 19 da Lei de Contravenções Penais não foi derrogada a não ser no tocante ao porte ou à posse de armas de fogo, que foram agora criminalizados (Lei n. 9.437, de 20-2-97).

Suponhamos seja o réu condenado por contravenção de porte de arma branca (faca, peixeira, punhal). Seria possível aplicar-lhe a perda da arma como mero efeito da condenação (CP, art. 91, II, *a*)?

Não se desconhece jurisprudência e doutrina que entendem não se aplicar a regra do art. 91, II, *a*, à hipótese, por duas linhas de argumentação.

Na primeira, vê-se de forma literal a dicção do art. 91, II, *a*, do Cód. Penal, entendendo-se que só pode haver perda dos instrumentos *do crime*, não de instrumentos *de contravenção*.

Contudo, com a devida vênia, olvida-se que o art. 1º da Lei de Contravenções Penais manda aplicar às contravenções as regras gerais do Código Penal, sempre que a própria Lei das Contravenções Penais não disponha de modo diverso. Sob aquela teoria, por absurdo, não se admitiria nem co-autoria nas contravenções, porque o art. 29 do Cód. Penal fala em quem

"concorre para o crime", não aludindo a concorrer para a prática de "contravenção"...

A verdade é que, sempre que a Lei de Contravenções Penais quis dispor diferentemente das regras da parte geral do Cód. Penal, ela o fez expressamente, como ao definir a reincidência ou ao negar a tentativa nas infrações contravencionais (arts. 4º e 7º). Mas, do mesmo modo que se aplicam às contravenções penais as normas referentes à co-autoria, concurso de crimes, agravantes, extinção da punibilidade e outros dispositivos da parte geral do Código Penal, igualmente se há de aplicar a perda em favor da União do instrumento da contravenção penal, já que, no caso, se trata de coisa cujo porte sem licença seja fato ilícito.

A não se entender assim, nas contravenções referentes a loteria não autorizada ou ao *jogo do bicho*, o sentenciado poderia requerer a liberação dos instrumentos usados na prática contravencional... Ou na contravenção do art. 44 da Lei de Contravenções Penais (imitação de moeda para propaganda), o sentenciado poderia exigir a liberação da propaganda que usava, com impressos capazes de confundir pessoas inexperientes... Ou então o gatuno, condenado pela contravenção do art. 25 da lei contravencional, poderia requerer com êxito a devolução das gazuas que com ele foram apreendidas...

Com razão já assentou o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que "a perda do instrumento da infração, disciplinada pelo Cód. Penal, também se aplica às contravenções; e, por constituir um dos efeitos necessários da condenação, independe de expressa referência no corpo da sentença" (*RJDTACrim*, 7:27, rel. Gonzaga Franceschini; ainda no mesmo sentido, cf. Ap. 1.079.701-4, TACrim, rel. Junqueira Sangirardi, j. 26-1-98). Ainda nesse correto sentido, pois, foi o entendimento de José Duarte (*Comentários à Lei de Contravenções Penais — parte geral*, n. 260, p. 224, ed. Forense, 1944), a par de diversos precedentes jurisprudenciais (*JTACrim*, *88*:236; *RT*, *597*:353).

A outra linha de argumentação, contrária à aplicação do art. 91, II, do Cód. Penal, em caso de contravenção por porte de arma, sustenta-se no fato de que, na contravenção do art. 19 da Lei de Contravenções Penais, a *arma* não é *instrumento*, mas mero *objeto material* da infração (cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei das Contravenções Penais anotada*, p. 17, ed. Saraiva, 1993). Contudo, sob este especioso fundamento, o mesmo ladrão, de que acima cuidamos, poderia requerer ao Juiz a devolução da gazua que com ele foi apreendida, alegando que esta é *instrumento* para o crime de furto, mas *objeto material* da contravenção do art. 24 da Lei de Contravenções Penais... Ora, a ilicitude está no próprio porte da coisa; neste último caso, sequer se admite *licença ou autorização* para portá-la. Assim nos demais exemplos invocados linhas acima, como devolver ao contraventor coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito?

997. Pedido de restituição — perda da arma na transação da Lei n. 9.099/95 — *v.* tb.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

Supondo tenha o agente cometido contravenção penal de porte de arma branca. Em virtude de transação penal, de que cuida o art. 76 da Lei n. 9.099/95, poderia o Ministério Público ajustar com o autor do fato, entre outros pontos, a perda do instrumento ou do objeto da contravenção?

É sedutora a tese de que, se a Constituição assegura o direito de propriedade e só admite a perda de bens em função da lei, não poderia ser objeto da transação penal a perda de instrumento de contravenção, se não está prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, nem no art. 91, II, *a*, do Cód. Penal, pois não houve *condenação* nem se trata de *instrumento ou objeto de crime* (e sim de *contravenção*).

Entretanto, essa perplexidade, a nosso ver, é apenas aparente, *concessa venia*.

Antes de mais nada, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas confere à lei a tarefa de disciplinar a transferência de propriedade, seja em vista do perdimento compulsório de bens, seja em vista de atos negociais. Na primeira hipótese, temos normas como o art. 91, II, *a*, do Cód. Penal, que disciplina a perda de instrumentos do crime; na segunda hipótese, temos que a transação penal é ato negocial.

Nem se diga que o art. 76 da Lei n. 9.099/95 só prevê aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Ora, na transação, a perda da arma não é *pena*, mas está ínsita no poder de disponibilidade do autor do fato. Não a quisesse suportar, poderia declinar da proposta de transação e aguardar o prosseguimento do feito; se absolvido, não perderia a arma; condenado, haveria o perdimento.

Quanto às condições para a transação penal, a nosso ver, está correto propô-la com *a perda da arma*, pois não teria sentido que o autor de um fato contravencional recebesse a arma de volta, se não tinha licença para portá-la, e se deveria mesmo perdê-la como conseqüência de eventual condenação, obstada justamente por força da transação.

Como bem demonstra AFRÂNIO SILVA JARDIM, em artigo intitulado "Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais", publicado na revista *Doutrina*, n. 2, p. 496 (RJ, 1996), a transação penal viabilizada pela Lei n. 9.099/95 supõe o reconhecimento de que houve uma infração penal, havendo, inclusive, aplicação de sanção penal ao autor do fato (a multa). Assim como, em caso de condenação, os instrumentos *do crime* seriam perdidos em favor da União (art. 91, II, do CP), também em caso de aplicação de sanção penal em caso de transação, os instrumentos *do crime* a nosso ver devem ter a mesma destinação.

Quid juris, se se tratar de instrumentos de uma *contravenção penal*? Alguns pretendem que, como a lei penal fala em instrumentos "do crime", não poderia ser aplicada aos instrumentos *da contravenção*, pois é vedada analogia *in malam partem*. En-

tretanto, o caso não é de analogia e sim de aplicação expressa da lei: o art. 1º da Lei de Contravenções Penais manda aplicar às contravenções as normas da parte geral do Cód. Penal, sempre que a lei contravencional não disponha de forma diversa. Assim, também nas contravenções, deve haver a perda dos respectivos instrumentos em favor da União, regra esta que deve incidir, a nosso ver, também nos casos em que a aplicação de sanção penal tenha decorrido de transação prevista na Lei n. 9.099/95.

Quanto ao destino dos instrumentos do crime ou da contravenção, deve ser o mesmo previsto no art. 91, II, do Cód. Penal, quando não mais interessarem ao processo.

998. Pedido de restituição — apreensão da coisa — interpretação dos arts. 91, II, a, do CP, e art. 34 da Lei n. 6.368/76 — confisco — *v.* tb.

Apreensão da res, p. 54.

Busca e apreensão, p. 398.

Tóxicos, p. 782.

Abordando a questão da perda dos instrumentos do crime, à luz do Cód. Penal antes da reforma de 1984 (em dispositivo que corresponde ao atual art. 91, II, *a*, do CP), mas em decisão que mantém atualidade, o Tribunal de Justiça de S. Paulo invocou lição de VICENTE GRECO FILHO (*Tóxicos*, p. 176, 2ª ed., Saraiva, 1979) para dizer que "deverá, porém, o juiz, para não chegar a um resultado abusivo, determinar a perda apenas dos instrumentos direta e intencionalmente colocados como instrumentos do crime e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta criminosa. A excessiva amplitude do texto legal exige uma interpretação restritiva, sob pena de chegarmos ao absurdo de, p. ex., vermos a perda de um automóvel só porque nele foram encontrados *pacaus* de maconha. Para a perda, repetimos, há necessidade de um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática" (*RT*, *592*:321).

"O confisco não se confunde com a apreensão dos instrumentos utilizados na prática do crime, de que trata o art. 240, § 1º, do Cód. de Processo Penal, quaisquer que sejam eles. A apreensão é dever da autoridade policial (art. 6º, II, do CPP); mas a perda em favor da União só será decretada em relação aos instrumentos do crime que por si representem fato ilícito, nos termos do art. 91, II, letra *a*" (SILVA FRANCO & *AL*., *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, notas ao art. 91, 2ª ed., p. 275, ed. Rev. dos Tribunais).

Citando FREDERICO MARQUES, os autores SILVA FRANCO & *AL*. anotam: "O confisco somente pode recair em objeto pertencente a quem haja tomado parte na prática no delito. O terceiro, estranho, não pode ser prejudicado por essa medida — é o que ensina COSTA E SILVA — o lesado tampouco. Exige o Código, por pare deles, boa-fé. Mas claro está que isso deve ser entendido em termos hábeis, não muito ao pé da letra. A má-fé simplesmente não equivale à comparticipação no fato criminoso. É quase supérfluo observar que a sentença condenatória, em seus efeitos, não alcança quem não foi compreendido no processo" (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, notas ao art. 91, 2ª ed., p. 275, ed. Rev. dos Tribunais).

Pena

999. Pena — *v.*

Art. 14, II, do CP (tentativa), p. 63.

Atenuantes, p. 397.

Competência (execução da pena), p. 422.

Dia-multa, p. 484.

Extinção da pena, p. 509.

Multa, p. 656.

Pena acessória, p. 680.

Pena – fins, p. 683.

Pena – fixação, p. 685.

Pena – individualização, p. 685.

Pena – mínima, p. 686.

Pena restritiva de direitos, p. 585.

Regime aberto, p. 730.

Regime da pena, p. 730.

Regime na execução, p. 732.

1000. Pena — frações de dia — *v.* tb.

Multa – frações de multa, p. 660.

Pena – fixação, p. 685.

Normalmente é desprezada a fração de dia, no cálculo das penas privativas de liberdade (*JTACrim*, *92*:353 e *88*:342), salvo quando deva ser contada em benefício do réu, caso em que será computada como dia inteiro. Assim, por exemplo, se o Juiz tem de aplicar uma redução de pena por metade em função do reconhecimento da tentativa, uma sanção de 15 dias de prisão simples transformar-se-ia em 7 dias; mas, se o réu já cumpriu 6 dias *e meio* de custódia processual por essa contravenção penal, a fração de dia reputar-se-á agora como dia inteiro, e, no mesmo exemplo acima citado, ele já terá cumprido toda a pena.

Pena acessória

1001. Pena acessória — *v.*

Lei n. 4.898/65, p. 559.

Pena, p. 679.

1002. Pena acessória — interdição do exercício do comércio

Existem inúmeros precedentes demonstrando ter desaparecido de nosso Direito a pena acessória de interdição do

exercício do comércio, prevista no art. 195 da Lei de Falências (*RT*, *625*:265, *618*:290, *610*:316, *607*:305, *606*:329, *598*:290, *596*:331; *RJTJSP*, *106*:427, *101*:424, *96*:429).

1003. Pena acessória — abuso de autoridade — *v.* tb.

Lei n. 4.898/65, p. 559.

Convém discutir se ainda subsistem as penas acessórias em nosso sistema penal.

Como se sabe, a Reforma Penal de 1984 eliminou da parte geral do Cód. Penal as chamadas *penas acessórias*, embora, em algumas hipóteses, as tenha substituído por efeitos da sentença (cf. CP, art. 67, em sua redação original, e art. 92, na redação atual)[84].

Poderia assim ser questionado se subsistiria a proibição de exercício de função policial ou militar no município da culpa, não como pena autônoma, o que indiscutivelmente seria possível, mas tão-somente como *pena acessória*, como vem previsto na lei especial (art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.898/65). Em favor da supressão das penas acessórias, mesmo em leis especiais, poderia ser invocado o argumento de que a jurisprudência sepultou a pena acessória de interdição do exercício de comércio, prevista em lei especial[85].

Antes de mais nada, as razões que levaram a jurisprudência a recusar a aplicação de pena acessória em crime falimentar não se aplicam aos crimes de abuso de autoridade. A razão é simples: a Lei Falimentar não estabelecia os limites para a pena acessória, que, posto temporária, deveria ser fixada na forma da parte geral do Cód. Penal (LF, art. 195). Assim, com a extinção das penas acessórias na parte geral do Cód. Penal, foram suprimidos os parâmetros para a fixação do prazo da interdição do exercício do comércio, sanção esta que, assim, se reputou extinta.

---

84. Cf. RECr n. 111.295-SP, STF, *DJU*, 18-11-88, p. 30.028.

85. *V.* acima o verbete *Pena acessória — interdição do exercício do comércio*, p. 680.

Não é o que ocorre com a pena acessória prevista na Lei n. 4.898/65. Na dita Lei de Abuso de Autoridade, a proibição do exercício de função policial ou militar pode ser fixada, quer como pena autônoma, quer como pena acessória. E, tanto num caso como noutro, a própria Lei n. 4.898/65 fixou os parâmetros mínimos e máximos da sanção, de forma que, no caso, *lex specialis derogat lex generalis* (as leis especiais prevalecem sobre as regras gerais do Cód. Penal, cf. art. 12 deste último), não tendo sido ab-rogada nesse passo a Lei n. 4.898/65 pela Reforma Penal de 1984.

Nesse sentido, tem também o Supremo Tribunal Federal admitido a persistência das penas acessórias, mesmo depois da Reforma Penal de 1984, nos crimes especiais, como na legislação penal militar (RE n. 197.649-SP, *DJU*, 22-8-97, p. 38.782) ou nos crimes de responsabilidade do Dec.-Lei n. 201/67 (*HC* n. 76.605-SP, *DJU*, 18/9/98, p. 4).

1004. Pena acessória — extinção na Reforma Penal de 1984 — *lex mitior* — persistência dos efeitos das penas acessórias já exauridas

"Lei penal — retroatividade — pena acessória — perda de função pública. A retroatividade de que cogitam o art. 2º e parágrafo único do Cód. Penal pressupõe situação em curso, ainda que o provimento judicial já tenha transitado em julgado. Obstaculiza a continuidade do constrangimento a que esteja sujeito o agente sem, no entanto, acarretar retorno ao *status quo ante* nas hipóteses em que a sentença surtiu todos os seus efeitos. O afastamento do cenário jurídico da pena acessória de perda da função pública, passando esta última a ser conseqüência de determinado tipo da pena privativa de liberdade imposta — art. 92, I, do Cód. Penal — não tem o condão de reviver situações já exauridas, cujos efeitos completaram-se quando em vigor o art. 68 do Cód. Penal, antes da reforma implementada pela Lei 7.209/84" (*HC* n. 68.245-DF, *DJU*, 1º-03-91, p. 1.807, 2ª. T., m.v., j. 4-12-90, rel. Min. Marco Aurélio).

1005. Pena acessória — prescrição — *v.* tb.

Lei n. 4.898/65, p. 559.

Pena, p. 679.

Os §§ 3º e 4º do art. 6º da Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade) prevêem, *como penas autônomas*, as seguintes sanções: *a)* multa; *b)* detenção de 10 dias a 6 meses; *c*) perda do cargo e inabilitação para exercício de outra função pública até 3 anos; e, *como pena acessória*, seu § 5º cuida da proibição de exercício de funções de natureza policial ou militar no município da culpa de 1 a 5 anos.

A sanção de proibição de exercício de função só poderá ser aplicada *como pena acessória*, se a pena principal não estiver prescrita, diante da regra *accessorium sequitur principalis*.

Pena – fins

1006. Pena — fins da pena — prevenção geral e especial — *v.* tb.

Pena, p. 679.

Como observaram com todo acerto os penalistas franceses GASTON STEFANI E GEORGES LEVASSEUR, “la peine frappe le coupable, mais cette arme de la politique criminelle n’a pas pour unique objet de punir et châtier. Un certain effet préventif est également attendu de cette sanction. Non seulement l’application concrète de la loi pénale peu être de nature à réaliser *la prévention générale* en détournant les autres de suivre l’exemple du malfaiteur puni, mais elle doit servir de leçon à l’individu poursuivi; c’est ce que l’on appelle la *prévention spéciale*. La peine doit être telle que le condamné ne renouvelle pas son infraction, et n’enfreigne plus les prescriptions légales; elle doit éviter la récidive” (*Droit pénal général*, p. 26-7, Précis Dalloz, 1976).

A propósito, aponta o notável penalista alemão WINFRIED HASSEMER (*A que metas pode a pena estatal visar? — Jus-*

titia, *134*:26) que a mais moderna concepção a respeito da filosofia das penas consiste na chamada *teoria da prevenção geral positiva*, que busca desenvolver a confiança do cidadão nas normas concretas: "é uma teoria de prevenção geral (trata da população como um todo) e é positiva, porque não é dissuasória (negativa) e sim meta positiva, ou seja, a construção de uma consciência de normas". Ora, a única maneira de não apenas reprimir ou não apenas dissuadir, mas de fazer do Direito Penal a última instância de socialização, consiste na *certeza da aplicação da lei penal*.

Conseqüentemente, a eleição do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feita à vista dos critérios do art. 59 do Cód. Penal (art. 33, § 3º), e entre estes está *a fixação da pena necessária à reprovação e repressão do crime*. Especialmente nos crimes mais graves, é indispensável que a punição advenha com firmeza, atingindo diretamente não só o próprio agente, como demonstrando à sociedade que o delito não ficou impune; afinal, a impunidade é o maior estímulo do delinqüente. E pouco dista da impunidade remeter autores de crimes de excepcional gravidade para cumprimento da pena em imediato regime aberto, semi-aberto, ou a cumprimento de pena alguma. Crimes mais graves, como roubo, seqüestro ou extorsão com emprego de armas, tanto têm intranqüilizado a população ordeira; por motivo de defesa e segurança social, deve toda a sociedade reagir com firmeza e segregar de pronto pessoas que se dispõem a tal jogo de vida e de morte, em busca do patrimônio alheio, demonstrando grande desprezo pela integridade física e até a vida alheias.

Não raro são favoráveis ao sentenciado o laudo criminológico e o parecer do diretor da penitenciária; entretanto, tais peças devem ser recebidas com cautelas pelo Juiz, pois o prognóstico contido nessas peças muitas vezes não parte de qualquer base sólida para firmar a conclusão acerca da suposta remissão da agressividade e da real possibilidade de readaptação social de quem até então fizera de sua vida uma faina perseverante de

assaltos à mão armada, em total desrespeito à vida, à integridade física e ao patrimônio obtido por terceiros à custa do trabalho. Não raro exprimem apenas os também não menos angustiosos reflexos da superlotada e deficitária situação carcerária.

A jurisprudência de nossos mais altos Pretórios tem-se mostrado sensível à necessidade de considerar a importância das decisões do Poder Judiciário na contenção da onda de violência que tem alarmado a população (*RTJ*, *123*:547). Por isso que se segrega o delinqüente por tempo "necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime" (CP, art. 59).

Pena – fixação

1007. Pena — fixação — *v.*

Antecedentes, p. 47.

Art. 14, II, do CP (tentativa), p. 62.

Art. 71 do CP (crime continuado), p. 140 e 143.

Art.157, § 2º, I e s. (fixação da pena), p. 220.

Dia-multa (fixação), p. 656 e s.

Multa, p. 656.

Pena, p. 679.

Pena – frações de dia, p. 680.

Regime da pena, p. 730.

Pena – individualização

1008. Pena — princípio da individualização — *v.*

Antecedentes, p. 47.

Crimes hediondos, p. 460.

Pena, p. 679.

Regime da pena, p. 730.

Tóxicos, p. 792.

1009. Pena — individualização — fixação da pena — omissão da sentença — nulidade — *v.*

Art. 59 do CP, p. 118.

Art. 68 do CP, p. 136.

Pena mínima

1010. Pena mínima — *v.*

Atenuantes, p. 397.

Pena, p. 679.

1011. Pena mínima — para fixar pena acima do mínimo, é mister motivação — *v.* tb.

Art. 68 do CPP, p. 136.

Arraiga-se no foro a viciosa praxe da pena mínima; normalmente balda de melhor análise dos elementos do art. 59 do Cód. Penal, a sentença fica costumeiramente no patamar inferior da pena, que dispensa maiores esforços de motivação.

Outras vezes, abandonando o confortável lugar-comum da pena mínima, outras sentenças impõem-na acima deste, mas sem melhor fundamentação.

Tomemos como exemplo a pena pecuniária. Já se acostumaram Advogados, Promotores e Juízes em ver 10 dias-multa fixados para todos os crimes... Mas aí está uma deformidade do sistema. Como punir com os mesmos 10 dias-multa o autor de uma pequena contravenção penal, e aquela alta autoridade federal que recebeu suborno de milhões? Como punir com os mesmos 10 dias-multa o autor de um furto privilegiado e um autor de latrocínio? Para isso a pena tem um mínimo e um máximo, embora poucos se lembrem e menos ainda o tenham visto na vida prática.

Também as penas corporais. Não se pode fazer ouvidos moucos aos reclamos da sociedade que quer mais segurança, pois a realidade de hoje convive com assaltantes quando se sai

de casa, quando se está no trabalho, quando se volta para a casa, quando se está dormindo, quando se está no lazer… Nem se pense que essas coisas só acontecem com os outros, pois somos os *outros* dos outros…

É preciso reagir contra isso. Com firmeza. Não se podem tratar crimes de gravidade sempre com penas mínimas, sempre que no art. 59 do Cód. Penal se lastreie motivo justo para apartar-se a sanção desse patamar.

1012. Pena mínima — fixação acima do mínimo, sem motivação

A fixação da pena acima do mínimo exige fundamentação adequada, sem dúvida. Mas, tendo o sentenciado recorrido contra a sentença que lhe tenha imposto pena acima do mínimo sem ter cumprido o dever de fundamentação, o tribunal não anulará a sentença, e sim reduzirá a pena aos limites adequados.

"Embora defeituosíssima a operação individualizadora das penas, exacerbadas com base em certidão sobre a qual as partes não se manifestaram, e totalmente apartada dos critérios obrigatórios do artigo 68, do Cód. Penal, além de omissa no alusivo ao reconhecimento da atenuadora da confissão espontânea, a eiva desaparece, em se procedendo, neste grau, à diminuição do *quantum* das reprimendas aos mínimos cominados (*RJDTACrim*, *6*:134)" (Ap. n. 797.245-3-SP, 11ª Câm. TACrim, j. 24-5-93).

"De anulação não há cogitar-se porque, mesmo admitindo-se possível inobservância do art. 68 do Cód. Penal, é possível sua correção pela redução da pena a patamares mínimos, com o que se exclui toda e qualquer potencialidade de prejuízo ao peticionário" (Rev. 292.504-Campinas, 4º Gr. Câm. TACrim, j. 12-9-96).

1013. Pena mínima — inviável fixação da pena abaixo deste — *v.* tb.

Menoridade, p. 651.

Se a sentença fixa ao réu pena-base mínima, e, a seguir, reconhece a presença de atenuante genérica, não pode descê-la aquém da quantidade inferior ao mínimo legal. Com efeito, os arts. 59, II, e 67 do Cód. Penal dispõem de forma clara que o Juiz, ao considerar as condições de aplicação da pena, deverá ater-se aos "limites previstos" na lei — o que importa não poder ultrapassar o mínimo e o máximo abstratamente cominados na norma penal.

"Tendo sido cominada a pena-base no mínimo legal com o aumento do percentual mínimo pela qualificadora do concurso de pessoas, não se aplica a atenuante da menoridade" (*HC* n. 74.301-SP, rel. Min. Maurício Correa, j. 29-10-96, 2ª T., STF, v.u., *DJU*, 6-12-96, p. 48.711).

Perdão judicial

1014. Perdão judicial — arts. 107, IX, e 120 do CP

O perdão judicial, previsto nos arts. 107, IX, e 120, do Cód. Penal, é causa de extinção de punibilidade do crime, sendo que a sentença que o concede não será considerada para efeito de reincidência. Nessa linha, assim dispõe a Súm. n. 18 – STJ: "a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório".

Perempção

1015. Perempção — *v.* tb.

Ação penal privada, p. 40.

Prazos, p. 692.

Não se reconhece a perempção, quando de simples demora no oferecimento de razões recursais (*RT*, *599*:321; *RTJ*, *59*:194; DAMÁSIO E. DE JESUS, *CPP anotado*, art. 60).

Perícia

1016. Perícia — peritos — *v.*

Art. 26 do CP (laudo mal fundamentado), p. 76.

Art. 159 do CPP (perícia, um só perito etc.), p. 233.

Crime contra a economia popular (perícia), p. 439.

Imputabilidade, p. 531.

Prova, p. 717.

1017. Perícia — caráter coativo da perícia — exame de sangue

"Exame DNA[86]: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do Supremo Tribunal Federal que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (*HC* n. 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do *habeas-corpus* na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende — de resto, apenas para obter prova de reforço — submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria" (*HC* n. 76.060-SC, *Informativo STF*, 106 e 110).

"Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu *debaixo de vara*. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas — preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo hu-

---

86. Sigla para o *ácido deoxirribonucleico*, também pesquisado para apurar o código genético.

mano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer — provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, *debaixo de vara*, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (*HC* n. 71.373-RS, STF-Pleno, v.u., j. 10-11-94, *DJU*, 22-11-96, p. 45.686).

Perigo concreto ou abstrato

1018. Perigo concreto ou abstrato — *v.* tb.

Art. 32 da LCP (infração de perigo abstrato), p. 90.

Art. 34 da LCP, p. 97.

Dolo, p. 486.

Lei n. 9.503/97 (CTB), p. 627.

Observou DAMÁSIO E. DE JESUS estar a receber severas críticas a formulação doutrinária que distingue crimes de perigo abstrato e concreto, chegando alguns doutrinadores a negar possa o Direito Penal da culpa admitir uma situação em que o agente é punido sem ter efetivamente colocado em risco concreto nenhum bem jurídico (*Natureza jurídica dos crimes de trânsito*, p. 12-5, ed. Paloma, 1998). Assim, na grande maioria dos delitos, passou-se a exigir apenas dolo direto, como quando o sujeito queira expor a vítima a efetivo perigo de dano, ou então, dolo eventual, quando tenha a consciência de que, com sua conduta desejada, pode submetê-la a risco de dano.

Não obstante essas críticas, a legislação vigente, em alguns casos, penaliza alguns comportamentos por considerá-los potencialmente nocivos à coletividade, ainda que não haja efetivo risco de lesão — são hipóteses em que o perigo é presumido. Há, pois, contravenções penais e alguns crimes em que o legislador objetiva punir comportamentos perigosos para prevenir

desdobramentos em ações ulteriores de maior perigo ou até de dano. Assim, exemplificativamente, pune-se a posse ou o porte de arma sem licença mesmo que não haja perigo concreto para ninguém, porque, não raro, tais situações já facilitam em tese a prática de infrações penais mais graves, algumas com resultado fático de alto dano (lesões corporais, homicídios, roubos etc.). Da mesma forma, pune-se a direção sem habilitação de veículos, porque o ato de guiar envolve sérias responsabilidades civis e criminais, e o legislador entendeu dever desestimular por meio da sanção penal o comportamento de quem se ponha a dirigir sem licença legal; com isto pretende coibir, abstratamente, infrações penais futuras mais graves, ainda que meramente culposas; naturalmente, se sobrevier perigo efetivo de dano, em vez da mera contravenção penal (art. 32 da LCP), teremos crime (art. 309 da Lei n. 9.503/97 – CTB).

Policial

1019. Policial — *v.*

Prova, p. 717.

Testemunho, p. 776.

1020. Policial — sindicância perante a Corregedoria da Polícia Judiciária

"A sindicância é um procedimento administrativo de natureza sumária, inclusive a correcional, tendente à apuração de irregularidades, para efeito de eventual instauração de processo administrativo disciplinar. A apuração da responsabilidade disciplinar dos agentes da polícia judiciária, serviço integrante do Poder Executivo Estadual, mediante sindicância em qualquer meio de inquirição administrativa, extravasa da competência da Corregedoria da Justiça Estadual, pois é matéria que cabe exclusiva e legitimamente, no âmbito da Administração Pública" (*RTJ*, *103*:139, 1ª T. STF, v.u., 13-4-82).

Político

1021. Político — *v.*

Direitos políticos e sursis, p. 484.

Porte de arma

1022. Porte de arma — *v.* tb.

Art. 19 da LCP, p. 69.

Art. 91, II, do CP — perda da arma, p. 149.

Lei n. 9.437/97, p. 618.

A contravenção penal do art. 19 da Lei de Contravenções Penais não foi derrogada a não ser no tocante ao porte ou à posse de armas *de fogo*, que foram agora criminalizados (Lei n. 9.437, de 20-2-97).

1023. Porte de arma — Lei n. 9.437/97 — art. 10, § 3º, IV — "possuir condenação anterior" — *v.*

Lei n. 9.437/97 – art. 10, § 3º, IV, p. 624.

Prazos

1024. Prazos — *v.*

Apelação – prazo (Lei n. 9.099/95), p. 54.

Art. 197 da LEP (prazo), p. 268.

Art. 798, § 1º, do CPP, p. 390.

Art. 798, § 5º, do CPP, p. 391.

Carta precatória, p. 401.

Defesa, p. 469.

Intimação, p. 537.

Lei n. 7.891/89 (defensor dativo), p. 568.

Prazos do Ministério Público, p. 694.

Perempção, p. 688.

Recursos, p. 722.

Recursos do Ministério Público, p. 725.

Tóxicos (prazos), p. 793.

1025. Prazos — término da instrução penal nos crimes punidos com reclusão

Em nosso foro, para os processos em geral apenados com reclusão, predomina o entendimento de que só o excesso injustificado do prazo global de 81 dias importa constrangimento ilegal e obriga a soltura do réu. Conforme levantamento de DANTE BUSANA, assim se faz essa contagem do prazo, estando o réu preso desde o flagrante: "inquérito: 10 dias (art. 10 do CPP); denúncia: 5 dias (art. 46); defesa prévia: 3 dias (art. 395); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800); soma: 81 dias" (revista *Justitia*, Jurisprudência, 1995, I/232).

1026. Prazos — excesso de prazo — superação

"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo"(Súm. n. 52 – STJ).

1027. Prazos — excesso de prazo causado pela defesa

"Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa" (Súm. n. 64 – STJ).

1028. Prazo — interposição de recurso por petição — contagem do prazo — *v.* tb.

Recursos, p. 722.

A tempestividade de um recurso apresentado por meio de petição não se mede pela data aposta na petição, e sim pela *apresentação* da petição a protocolo, despacho ou cartório.

Prazos do Ministério Público

1029. Prazos do Ministério Público — *v.*

Art. 41 do CPP — denúncia — prazo, p. 110.

Art. 798, § 1º, do CPP, p. 390.

Intimação, p. 537.

Lei n. 7.891/89 (defensor dativo), p. 568.

Ministério Público, p. 652.

Prazos, p. 692.

Recursos, p. 722.

Recursos do Ministério Público, p. 725.

1030. Prazos do Ministério Público — termo a quo

A lei assegura aos membros do Ministério Público o direito de receberem intimação pessoal nos processos em que devam atuar (art. 390 do CPP; art. 41, IV, da Lei n. 8.625/93; art. 20, V, da LC n. 40/81; art. 18, II, *b*, da LC n. 75/93). Não se trata de privilégio, mas sim de prerrogativa em razão de seu múnus, de que também gozam os defensores públicos (art. 89, I, da LC n. 80/94) e defensores nomeados pelo Juiz (art. 370, § 4º, do CPP, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.271/96).

Por isso que se tem decidido que "o prazo para o Ministério Público recorrer conta-se a partir de sua intimação pessoal e não do ingresso dos autos na Secretaria do Órgão" (STJ — REsp n. 37.904-0-DF, 5ª T, rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU*, 26-9-94; STJ — REsp n. 120.267, rel. Min. Félix Fischer, *DJU*, 4-8-97, p. 34.836; *Rev. Jurídica*, *206*:82).

É certo que o Supremo Tribunal Federal, visando a evitar abusos, entendeu que o termo *a quo* para início do prazo re-

cursal, nessas hipóteses, não pode ficar ao alvedrio da pessoa intimada, para evitar que esta aponha sua assinatura quando bem quiser. Invocando ensinamentos de Basileu Garcia contra demoras que se procrastinavam há meses para disporem-se os interessados a tomar ciência, entendeu a Corte que, nesses casos, o prazo se conta a partir do recebimento dos autos com vista (*RT*, *607*:422; *RTJ*, *117*:871 e *116*:333 — STF).

Entretanto, descartadas essas hipóteses excepcionais de abuso, tanto os membros do Ministério Público como os defensores públicos ou advogados dativos devem ter suas prerrogativas respeitadas.

Além do mais, sabendo-se que as Promotorias de Justiça são organizadas com seus serviços administrativos (protocolos, oficiais de Promotoria, servidores em geral, registros, distribuições internas), nem sempre o dia do recebimento dos autos por um funcionário da Promotoria é exatamente o mesmo dia em que os autos chegam efetivamente às mãos do membro do Ministério Público.

Assim sendo, não se constatando abuso, a prerrogativa não pode ser desconsiderada.

1031. Prazos do Ministério Público — o prazo se conta a partir da nota de ciência e não da certidão

"A simples certidão do escrivão de que intimou as partes, sem que haja a aposição do *ciente* pelo órgão do Ministério Público, nem se tenha certificado sua recusa em apô-lo, não é suficiente para que dela comece a fluir o prazo da acusação para a interposição de recurso. Inexistindo aposição do *ciente* do Promotor na intimação da sentença e uma vez que não certificou o Sr. escrivão a recusa, não há que se falar em decurso do prazo e conseqüentemente, em trânsito em julgado da sentença" (*RTJ*, *75*:440-1).

A essa regra, só se deve abrir exceções em caso de eventuais abusos ou retardamentos que procurem procrastinar a data da ciência.

Precatória

1032. Precatória — *v.*

Carta precatória, p. 399.

Preceito excludente

1033. Preceito excludente — *v.*

Busca pessoal, p. 398.
Prova ilícita, p. 719.

Preclusão

1034. Preclusão — matérias que não precluem — a preclusão pro judicato

A preclusão verdadeira e própria atinge as faculdades processuais das partes, que, seja porque tenham exaurido um ato, seja porque tenham perdido o prazo para fazê-lo, vêem-se impossibilitadas de renovar a discussão da matéria. A finalidade do instituto é evitar possa ser rediscutida indefinidamente cada matéria, sob pena de grande tumulto processual.

Devemos distinguir entre a preclusão em sentido estrito (para as partes) e a chamada preclusão *pro judicato*, que cobre a imutabilidade de decisões de conteúdo exclusivamente processual, e em virtude de que, "além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E como a preclusão *vera e propria* não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão-só as faculdades processuais das partes, fala-se de *preclusão pro judicato*" (J. FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 469, ed. Forense, 1971).

A despeito da existência do fenômeno processual da preclusão, seja a própria seja a chamada preclusão *pro judicato*, em algumas poucas questões processuais a preclusão não alcança matérias de ordem pública, indisponíveis para as partes e para o

próprio Poder Judiciário. Assim, enquanto não transitar em julgado a decisão final da lide, não precluem nem para as partes (preclusão vera e própria) nem para o Juiz (a chamada preclusão *pro judicato*) as matérias atinentes às *condições da ação* (possibilidade jurídica, legitimidade de partes e interesse de agir) e aos *pressupostos processuais* (requisitos de formação e desenvolvimento válido do processo). Tais questões podem e devem ser conhecidas e decididas *a qualquer tempo*, enquanto não solucionada definitivamente a lide (art. 267, § 3º do CPC, aplicável por analogia ao processo penal, cf. art. 3º do CPP).

Prefeito

1035. Prefeito — *v.*

Art. 85 do CPP, p. 148.

Crime comum, p. 436.

Dec.-Lei n. 201/67, p. 467

Lei n. 4.898/65, p. 559.

Prejuízo

1036. Prejuízo — *v.*

Art. 155, § 2º, do CP, p. 190.

Art. 171, § 1º, do CP, p. 251.

Preliminar *versus* mérito

1037. Preliminar *versus* mérito — as falsas preliminares — *v.* tb.

Condições da ação, p. 424.

Pressupostos processuais, p. 703.

Preliminar é toda matéria cujo exame logicamente anteceda o conhecimento ou a decisão sobre o mérito, que é a análi-

se do pedido. Assim, deve ser decidida antes do exame do mérito a questão que diga respeito a uma das condições da ação (legitimidade de agir, possibilidade jurídica ou interesse processual) ou a um pressuposto processual (os pressupostos de admissibilidade e desenvolvimento válido do processo, como competência, citação, decadência ou prescrição, representação processual etc.).

Com efeito, saber se o réu praticou ou não a ação típica que lhe imputa a denúncia, e, se tendo praticado a ação, por ela pode ser responsabilizado, é matéria que só pode ser decidida *depois* de ter o Juiz, expressa ou implicitamente, afirmado a presença das condições da ação, bem como sua própria competência, e ainda a ausência de condições obstativas do conhecimento do pedido (invalidade da citação, prescrição ou decadência, vícios na citação etc.).

Entretanto, vez ou outra nos deparamos, nas lides forenses, com alguns profissionais que, usando as expressões *preliminarmente* ou *em preliminar* como se fosse sinônima de *antes de mais nada*, apresentam na abertura de seus arrazoados homenagens ao Juiz, ou citações sobre o papel da Justiça, ou ainda apresentam argumentos de mérito, que, a seu ver, devem anteceder outras quaisquer discussões. Assim, já tivemos ocasião mesmo de ver alegações finais em que a defesa dizia que, *preliminarmente, era o réu inocente*... Da mesma forma, por exemplo, saber se os fatos que o réu teria praticado constituem crime ou contravenção, é questão que só pode ser resolvida depois de apreciados os pontos relativos à materialidade e à autoria, e estes só podem ser enfrentados depois de vencidas, expressa ou implicitamente, as questões que digam respeito às condições da ação e aos pressupostos processuais. Não se tratando disso, a rigor não temos preliminar alguma.

Enfim, sob o aspecto técnico, é preciso ver se a matéria objetada pelas partes à guisa de preliminar tem essa qualidade, pois, se não diz respeito a condições da ação nem a pressupostos de constituição ou desenvolvimento válido do processo (os cha-

mados *pressupostos processuais*), não deverá nem poderá ser discutida senão quando do exame do mérito.

Prescrição

1038. Prescrição — *v.*

Art. 110 do CP, p. 154.

Contravenção – prescrição, p. 430.

Decadência e prescrição, p. 465.

Denúncia – interrupção da prescrição, p. 477.

Medida de segurança, p. 651.

Menoridade (prova da idade), p. 652.

Prescrição antecipada, p. 700.

1039. Prescrição — não é interrompida pelo recebimento da denúncia ou pela publicação de sentença condenatória, se houver falta de jurisdição — *v.* tb.

Competência (aproveitamento dos atos), p. 407.

"Competência: incompetência da Justiça Federal, declarada em apelação: conseqüente nulidade *ex radice* do processo, desde a denúncia, inclusive. Declarada em apelação a incompetência da Justiça Federal, por ser o caso da esfera da Justiça estadual, não se circunscreve a nulidade à sentença: cuidando-se da chamada competência de atribuições, de matriz constitucional, sua falta acarreta a nulidade *ex radice* do processo, seja por carência absoluta de jurisdição do órgão judiciário que presidiu aos atos instrutórios, seja pela decorrente ilegitimidade *ad causam* do Ministério Publico estadual. Prescrição: não a interromperam o recebimento da denúncia e a sentença condenatória da Justiça Federal, dada a sua incompetência, nem a sentença condenatória da Justiça Estadual, porque proferida em processo nulo *ex radice*, desde a denúncia, inclusive" (*HC* n. 68.269-DF,

rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, 9-8-91, p. 10.363, *RTJ*, *137*:237, j. 11-6-91, 1ª T. STF, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *97*:119).

1040. Prescrição — interrupção com o recebimento da denúncia

Ao contrário do que ocorria ao tempo da vigência da já revogada Lei n. 4.611/65 (CR, art. 129, I, e Lei n. 9.099/95, art. 4.611/65), quando a jurisprudência entendia que o recebimento da denúncia substitutiva da portaria policial ou judicial não interrompia o curso da prescrição, hoje, em vista da exclusividade da ação penal pelo Ministério Público (*JSTF*, *149*:374-Pleno), não mais há falar em denúncia substitutiva, de forma que o recebimento da denúncia sempre interrompe a prescrição (CP, art. 117, I).

1041. Prescrição — crime continuado — *v.* tb.

Decadência, p. 466.

Segundo o art. 119 do Cód. Penal, "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

1042. Prescrição — discussão do mérito

Tendo ocorrido prescrição da pretensão punitiva estatal, fica impedido o exame do mérito do recurso (*RT*, *630*:366-STF; *RTJ*, *118*:934; *RT*, *638*:337, *602*:325; *JTACrim*, *90*:40, *54*:422, *19*:105).

Prescrição antecipada

1043. Prescrição antecipada — *v.* tb.

Prescrição, p. 699.

Invocando as finalidades do processo penal e os cuidados com que se deve exercitar a ação penal, que fere o *status dignitatis* da pessoa, algumas decisões entendem faltar justa cau-

sa à instauração da ação penal, quando a pena concreta, que poderia vir a ser futuramente fixada, supostamente seria inferior ao máximo previsto na cominação abstrata da norma, e assim seria alcançada pela prescrição.

Ora, a prescrição da pretensão punitiva estatal regula-se pela pena abstrata cominada ao crime (CP, art. 109), e para essa regra só existe uma exceção: considera-se a pena concretizada na sentença, se esta tiver transitado em julgado para a acusação e não para o réu (CP, art. 110, § 1º, considerado isoladamente).

No caso de não ter o agente sido ainda condenado pelo crime que lhe foi imputado, a prescrição se regula *pela pena máxima cominada ao crime*: é o que diz a lei, e isso não o pode contrariar o Juiz.

Sem dúvida, o processo penal envolve muitas responsabilidades, pois fere o *status dignitatis* da pessoa; outrossim, mesmo na ação penal, não se pode perder de vista a necessidade de haver interesse de agir, que se mede pelo binômio *necessidade-utilidade* da providência pedida em defesa de um pretendido direito.

Entretanto, o exercício da soberania de um Estado se sujeita a um elaborado sistema de controle: são os *cheks and balances* da doutrina norte-americana, também referidos como *freios e contrapesos*. Entre nós, a tarefa de legislar, de dizer abstratamente a escolha a seguir, somente ao legislador cabe.

Ao aplicador da lei pode contrariar o dispêndio de esforço processual em investigar um fato abstratamente tido na lei como criminoso, para ao final, muito provavelmente, impor-lhe pena mínima, ou pelo menos quase que invariavelmente inferior ao máximo cominado em abstrato na lei, e, *ipso factu*, ter de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. Com toda a certeza o aplicador da lei vai questionar seu próprio trabalho e indagar se não teria sido melhor que a prescrição da pretensão punitiva se regulasse pela pena mínima, e não pela pena máxima...

Contudo, esse juízo crítico de valor — que não é mal que seja feito, pois não raro leva a justas alterações legislativas — não é óbice para que se aplique a lei penal vigente, que, além dos fins repressivos, também tem o escopo da prevenção geral, ou seja, objetivos preventivos, e ainda leva a conseqüências na área civil. Mas é do legislador, e não do aplicador da lei, o juízo de criminalização da conduta e o juízo abstrato da renúncia ao *ius puniendi* pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Seriam acertadas as decisões que rejeitassem denúncias por falta de interesse processual, se a lei dissesse que, antes da condenação definitiva, a prescrição se regularia *pela pena mínima cominada abstratamente ao crime*. Mas não é isso o que diz a lei. E não se pode negar a segurança da ordem jurídica.

Outrossim, não se pode *a priori* afirmar que o agente *necessariamente* receberia pena mínima. Embora a praxe da pena mínima seja explicada no mais das vezes pela indevida comodidade de não se proceder a uma correta fundamentação do aumento da pena — o que eleva a situação raríssima, praticamente inexistente a imposição de sanção máxima, embora muitos crimes a mereçam —, sempre seria prematuro dizer, na abertura da ação penal, que o réu teria pena mínima ou abaixo do máximo, antes de apurar sob o contraditório se houve mesmo crime, e se o denunciado é mesmo culpado, qual o grau de sua culpa e as demais circunstâncias de aplicação da pena.

As partes têm direito ao *devido processo da* lei, ou seja, à regular prestação jurisdicional, enquanto não atingida a pretensão punitiva pela prescrição; só assim poderão obter uma decisão positiva ou também negativa sobre a imputação. A lei assegura esse direito tanto ao Ministério Público como, na outra face da moeda, ao próprio réu.

Assim, está muito claro que decisões que recusam a acusação inicial nesses casos, à vista da possibilidade de futura prescrição, na verdade invadem a tarefa do legislador e criam nova figura prescricional, ou seja, a *prescrição antecipada*, algo cogitável

de lege ferenda, mas sequer instituída na lei vigente. Não pode agir o aplicador da lei ao arrepio dela, e justamente e por ironia a pretexto de dar-lhe eficácia, negar os pressupostos de validade e incidência da norma jurídica.

Por isso, os tribunais têm negado a chamada *prescrição antecipada* (*RT*, *703*:349-STJ; *688*:323 e *658*:333), e aqui invocamos mais este aresto: "Prescrição retroativa — *Habeas-corpus* — Impetração visando ao trancamento de inquérito policial em face de virtual ocorrência da prescrição quando do término da ação penal — Inadmissibilidade. É impossível falar-se em prescrição retroativa antes da entrega da prestação jurisdicional" (*RJDTACrim*, *8*:226, rel. Saraiva de Medeiros).

O Supremo Tribunal Federal dirimiu a questão: "Prescrição da pretensão punitiva antecipada. Não se admite a prescrição retroativa por antecipação, uma vez que, além de inexistir previsão legal, não se pode, antes da sentença condenatória, presumir a pena frente às circunstâncias do caso concreto. Com esse entendimento, a Turma negou provimento a recurso de *habeas-corpus* em que se pretendia o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa sob o argumento de que, no caso de eventual condenação, a pena do paciente não poderia exceder o mínimo legal, tendo em vista as regras de fixação da pena (CP, art. 59). Precedente citado: *RHC* n. 66.913-DF (*RTJ*, *135*:590). *RHC* n. 76.153-SP, rel. Ilmar Galvão, 10-2-98" (*Informativo STF*, 98).

Pressupostos processuais

1044. Pressupostos processuais — *v.* tb.

Condições da ação, p. 424.

Preliminares versus *mérito*, p. 697.

Os chamados *pressupostos processuais* são os requisitos de formação e desenvolvimento válido do processo. Há pressupostos de *existência* de uma relação processual, como a jurisdição, a capacidade postulatória ou a citação; são pressupostos de *desen-*

volvimento da relação processual, entre outros, a denúncia ou a queixa, a competência, a citação válida.

Tais pressupostos não se confundem com as *condições da ação* (legitimidade para a causa, interesse processual e possibilidade jurídica).

Princípio da consunção

1045. Princípio da consunção — *v.* tb.

Art. 171 do CP, p. 245.

A absorção de uma infração pela outra, pelo princípio da consunção, ocorre quando: ***a)*** os elementos do tipo de uma infração estejam contidos no de outra (assim, por exemplo, as lesões corporais em relação ao homicídio, ou as vias de fato em relação às lesões corporais; da mesma forma, o roubo absorve as lesões corporais leves cometidas para a prática da subtração violenta); ***b)*** ou quando se trate de um crime-meio, que é absorvido pelo crime-fim, o que se dá quando o primeiro é mero expediente para chegar-se ao cometimento do segundo (assim, por exemplo, tem-se entendido que o estelionato absorve o *falsum*, quando este último só tenha o escopo de produzir a fraude necessária à prática do crime patrimonial).

Princípio da insignificância

1046. Princípio da insignificância — *v.* tb.

Art. 32 da LCP, p. 93.

O princípio da significância realmente tem grande importância no Direito Penal. Não teria mesmo sentido que alguém pudesse ser processado criminalmente pelo furto de um palito de fósforo ou por ter causado dano de um centavo em propriedade alheia. Entretanto, há que se ter muito cuidado com a análise do que seja *insignificante*, pois aquilo que pode parecer de

somenos para o Juiz, pode ser um bem jurídico elevado para o ofendido.

O princípio da significância jurídica deve ser utilizado para *aplicar* corretamente a lei. Não serve ele para *recusar a aplicação da lei* e sim justamente para *aplicá-la corretamente*, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. Nos exemplos dados, o Juiz não estará afirmando que furtar não é crime, mas sim que aquela pequena subtração em concreto pode não ter relevância jurídica suficiente para ensejar a movimentação da máquina judiciária estatal.

Entretanto, algumas decisões, a nosso ver equivocadamente, invocam o princípio da significância para declarar sem relevância jurídica não uma hipótese concreta, mas a própria lei em tese. Em outras palavras, alguns juízes avocam-se o direito de recusar cumprimento a uma lei em vigor; investem-se no direito, que a Constituição e as leis não lhe deram, de dizer que em suas comarca, ele é que escolhe quais as leis que, mesmo em tese, valem e quais as que não valem; quais as leis que seus jurisdicionados vão cumprir e quais as que, no seu arbítrio, ele vai considerar inexistentes.

Que tal considerar *insignificantes* mais alguns crimes? E por que não fazer o mesmo com todas as contravenções penais? Ou com todos os delitos apenas culposos? Ou com os crimes dolosos praticados por quem tenha bons antecedentes? A imaginação será o limite; a insegurança será o resultado.

Não é o caso de adentrar no exame da relevância jurídica *em tese* de dever-se ou não incriminar a direção sem habilitação legal. No estado de Direito, esse juízo é do legislador, embora no Brasil, por meio do abuso de medidas provisórias, os presidentes da República costumeiramente também costumem usurpar essa função, sem correspondente reparo dos tribunais.

Nem é tarefa do Poder Judiciário legislar ou revogar o que os legisladores não revogaram, e dizer que não é infração penal o que a lei em vigor diz que é infração penal.

NÉLSON HUNGRIA já registrara que o Juiz "não pode fazer *tabula rasa* da lei, julgando, não pelo que esta ordena, mas pelo que, na sua opinião, deveria ordenar. Pode o magistrado interpretar a norma legal com a preocupação de realizar o que os alemães chamam o *direito justo*, mas tal objetivo deve ser alcançado *com a lei*, e não *contra a lei*. (...) As leis não podem ser privadas de aplicação, sob o pretexto de serem inoportunas ou desacertadas. Não deve ser o juiz um aplicador automático do literalismo da lei, mas um revelador de todo o possível direito que *nela se encerra*, suprindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana. É-lhe vedado, entretanto, *negar* a lei" (*Comentários ao Código Penal*, v. I/88, ed. Forense, 1980).

A não se entender assim, estaremos exaltando a prática criminal, assim como dando o mote para que todos, desde o governante até o cidadão comum, se sintam à vontade para não tomar conhecimento da lei em vigor. Não de uma lei específica, que o Juiz, em seu arbítrio, ache que perdeu a reprovabilidade em tese, mas qualquer outra lei, a critério do primeiro cidadão. O prejuízo será da coletividade como um todo; insista-se no perigo social de decisões como essas, que fazem perder o respeito pela ordem jurídica e estimulam a delinqüência.

Prisão albergue

1047. Prisão albergue — *v.*

Art. 157 (roubo), p. 205.

Prisão civil, p. 710.

Regime aberto, p. 730.

Regime da pena, p. 730.

Regime na execução, p. 732.

1048. Prisão albergue — impetração de mandado de segurança para impedir a soltura do réu — *v.* tb.

Art. 197 da LEP (efeito suspensivo), p. 269.

Mandado de segurança, p. 647.

A jurisprudência tem admitido que o Ministério Público impetre mandado de segurança para buscar efeito suspensivo no recurso interposto contra a decisão que conceda prisão albergue domiciliar (*RT*, *644*:337-STF).

1049. Prisão albergue — roubo — só porque primário o réu não tem direito a regime mais brando — *v.* tb.

Art. 157 do CP, p. 208.

Art. 157, § 2º, I e s., do CP, p. 220.

"Roubo qualificado. O Cód. Penal, ao estabelecer que o condenado cuja pena for superior a quatro e não exceder a oito anos *pode* cumpri-la em regime semi-aberto, não cria um direito subjetivo público ao sentenciado quanto ao regime inicial, podendo o Juiz, fundamentadamente, estabelecer outro regime para o início do cumprimento da pena (art. 33, § 2º, *b*, e 3º). *Habeas-corpus* conhecido, mas indeferido" (*HC* n. 72.608-SP, STF, *DJU* 13-11-95, p. 1.237).

1050. Prisão albergue — cabimento do albergue domiciliar

"O paciente submetido a regime aberto faz jus a prisão domiciliar quando se verifica a absoluta impossibilidade de cumprir sua pena em estabelecimento público compatível" (*RT*, *657*:377-STF).

1051. Prisão albergue — fuga anterior — incompatibilidade

"Pena. Prisão-albergue. Verificando-se que o paciente não atende aos requisitos que lhe permitam gozar de um regime prisional mais favorecido, até porque já tentou ele fugir, o que revela em princípio sua incompatibilidade com o regime aberto, mantém-se o acórdão indeferitório do *habeas-corpus*, negando-se, em conseqüência, provimento ao recurso do impetrante" (*RHC*

n. 63.422-SP, rel. Min. Aldir Passarinho, v.u., j. 18-10-85, 2ª T, STF, *DJU*, 29-11-85, p. 21.918).

1052. Prisão albergue — regime aberto — condições especiais

Além das condições comuns previstas no art. 115 da Lei de Execução Penal, é possível que o Juiz imponha condições especiais para o regime aberto? Sem dúvida, é o que diz o art. 115 da Lei n. 7.210/84: "o juiz poderá estabelecer *condições especiais* para a concessão de regime aberto, sem prejuízo da seguintes condições gerais e obrigatórias: I — permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II — sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III — não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV — comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado".

Para que o regime aberto não se transforme praticamente em impunidade, e para que a sanção penal tenha características de prevenção geral e especial, e sobretudo para que a aplicação da lei penal reverta em benefícios para o bem comum, nada mais adequado que impor-se ao réu a prestação de serviços comunitários, com fundamento nesse dispositivo legal.

Comentando esse dispositivo, MIRABETE anota que poderá o Juiz impor condições idênticas às previstas para a liberdade vigiada ou às que se fixam para a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional (*Execução penal*, notas ao art. 115, p. 300, ed. Atlas, 1987).

1053. Prisão albergue — *sursis* — *v.* tb.

Sursis, p. 766.

Sendo o réu reincidente, pode obter *sursis* se a anterior condenação somente lhe impôs pena de multa (CP, art. 77, § 1º). Contudo, sua condição de reincidente, posto não lhe vede o *sursis*, é suficiente para obstar-lhe o direito ao regime aberto, em

interpretação *a contrario sensu* do art. 33, § 2º, *c*, do Cód. Penal, que dispõe: "o condenado *não reincidente*, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

Poder-se-ia objetar que, se tem o réu direito ao *sursis*, que é bem mais do que um regime aberto, porque não teria direito ao próprio regime aberto, em caso de revogação daquele benefício?

Ora, não se confundem os pressupostos para a suspensão condicional da pena com os da fixação do regime de cumprimento da pena. O *sursis* é deferido ao sentenciado cujo cumprimento da pena corporal *não se faça necessário*; já o regime fechado, semi-aberto ou aberto é imposto ao sentenciado nas hipóteses contrárias. Ou, seja, mesmo o regime aberto *é cumprimento de pena*, enquanto o *sursis*, ao contrário, *é a suspensão do cumprimento da pena*.

E mais: o condenado só irá cumprir pena corporal *se não lhe for concedido ou se lhe for revogado o benefício do sursis*, ou seja, se, antes ou no curso de seu cumprimento, demonstrar não fazer jus ao benefício da suspensão. Assim, revogado o *sursis*, nada mais natural seja submetido ao regime inicial ao menos semi-aberto, já que o regime aberto é impróprio para a condição de reincidente.

Enfim, as penas privativas de liberdade devem ser executadas de maneira progressiva, sendo inviável o regime inicial *aberto* em duas hipóteses: *a*) para o condenado a pena superior a 8 anos (art. 33, § 2º, *a*, do Cód. Penal); *b*) para o condenado reincidente em crime doloso (*a contrario sensu* do art. 33, § 2º, letras *b* e *c*, do CP).

As penas inferiores a 4 anos, o condenado não reincidente poderá cumpri-las em regime inicial aberto (CP, art. 33, § 2º, *c*), o que, *a contrario sensu*, indica que, se reincidente, deve cumpri-las em regime fechado, se as demais condições previstas no art. 59 do Cód. Penal lhe forem desfavoráveis (CP, art. 33, § 3º).

Esse é o ensinamento de MIRABETE (*Manual de direito penal*, I/245, ed. Atlas, 6ª ed., 1991), e também o entendimento jurisprudencial mais convincente (*JTACrim*, *95*:244; *JSTJ*, *8*:192), embora seja conhecida a existência de posicionamento diverso (Ap. 877.893-1-Marília, TACrim, 16ª Câm., v.u., rel. Eduardo Pereira, j. 23-6-94; *RJTJSP*, *122*:479).

Prisão civil

1054. Prisão civil — descabimento de albergue — *v.* tb.

Prisão albergue, p. 706.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido descabida a prisão albergue domiciliar nos casos de prisão civil.

"Esta Corte já firmou, pelo seu Plenário (*HC* n. 72.131), o entendimento de que, em alienação fiduciária em garantia, a prisão civil do devedor fiduciante é constitucional, não tendo sido revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica. Dada sua natureza, a prisão civil é incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar" (*HC* n. 74.381-PR, rel. Min. Moreira Alves, j. 26-8-97, v.u., 1ª T., STF, *DJU*, 26-9-97, p. 47.476).

"Não é possível o cumprimento de prisão civil em regime domiciliar. Não se confunde a prisão civil com a custódia decorrente de condenação criminal. Não se aplica, também, à prisão civil o regime de prisão-albergue. Caráter constritivo da prisão civil. Precedentes do STF. Hipótese em que se concede, entretanto, em parte, o *habeas-corpus*, para que se assegure ao paciente o cumprimento da prisão civil em cela separada da cadeia pública" (*HC* n. 70.101-PR, rel. Min. Néri da Silveira, j. 25-5-93, 2ª T., m.v., *DJU*, 13-8-93, p. 15.677).

Prisão em flagrante

1055. Prisão em flagrante — *v.*

Art. 301 do CPP, p. 298.

Prisão processual, p. 712.

Prisão – período eleitoral

1056. Prisão — período eleitoral

Dispõe o art. 236 do Cód. Eleitoral que "nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto".

Comentando a questão da prisão de eleitores na véspera da eleição, Geraldo Francisco Pinheiro Franco sustentou que "o art. 236 do Cód. Eleitoral não pode merecer interpretação meramente literal. O preceito visa, dada a importância de um pleito eleitoral para a Nação, evitar embaraço ao exercício do sufrágio. Essa a salutar regra geral insculpida no art. 234 do Código (*Ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio*). A ilegalidade de uma prisão realizada naquele lapso temporal decorreria, pois, de eventual embaraço ilícito ao exercício do voto. Mas, fundado o impedimento em ordem judicial, editada em regular processo judicial ou no inquérito, em sede de medida cautelar restritiva ao direito de liberdade, não há como considerar tal circunstância óbice ao exercício do sufrágio. É que não haverá, no ato da custódia, qualquer desvio ou abuso de poder ou de autoridade contrário à liberdade do voto (art. 237 do CE). Haverá, sim, a ação de autoridade em prol da sociedade, visando à responsabilização eficaz do cidadão pela prática de delito, com sua segregação por força de permissivo judicial, evidenciando não estar ele apto a permanecer livre. (...) Nosso posicionamento é no sentido de que a ordem de prisão passada por autoridade judiciária competente, seja de cunho definitivo, seja de cunho cautelar, não pode ser entendida como óbice a legítimo exercício do sufrágio, nem abuso de poder em desfavor da liberdade do voto, podendo ser cumprida mesmo no lapso estipulado no art. 236 da Lei Eleitoral" (*Boletim do IBCCrim*, *20*:1, 1994).

Prisão processual

1057. Prisão processual — prisão preventiva — diversos — *v.*

Art. 301 do CPP (prisão em flagrante), p. 298.

Art. 310 do CPP (liberdade provisória), p. 314.

1058. Prisão processual — relaxamento depois da sentença condenatória

Normalmente, é incurial seja o réu libertado para poder apelar em liberdade de sentença condenatória recorrível, quando até então sua prisão processual já se viesse justificando em razão de menor título jurídico, como uma prisão em flagrante ou uma prisão preventiva.

É certo que, se a prisão cautelar até então só se tivesse justificado por conveniência da instrução criminal (CPP, art. 312), encerrada esta, com efeito pode não mais justificar-se a custódia processual. Da mesma forma, se a prisão processual só tivesse sido imposta como garantia da ordem pública, nada impediria e tudo até recomendaria fosse revogada na primeira oportunidade a partir de quando tivessem cessado os motivos que levaram à sua decretação. O que normalmente não tem sentido, porém, é que o réu responda preso a todo o processo, em virtude de flagrante ou prisão preventiva, e, em fase de cognição total de lide, sobrevindo condenação definitiva que lhe imponha pena a ser necessariamente cumprida sob regime fechado, seja ele então solto, o que não raro frustrará a aplicação da lei penal.

1059. Prisão processual — decretação depois de condenação em segundo grau — *v.* tb.

Art. 637 do CPP (sob recurso extraordinário), p. 386.

"Contra decisão condenatória, proferida em segunda instância por Tribunal estadual, cabe, apenas, recurso de índole extraordinária — especial ou extraordinária — sem efeito sus-

pensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes do seu trânsito em julgado" (*HC* n. 69.176-RS, j. 15-9-92, 2ª T., v.u., rel. Min. Paulo Brossard, *DJU*, 23-10-92, p. 18.780; *RTJ*, *142*:870).

Progressão criminosa e crime progressivo

1060. Progressão criminosa e crime progressivo — *v.* tb.

Crime contra a honra, p. 453.

Crime progressivo, p. 447.

"No delito progressivo o fato é uno embora contenha em sua estrutura interna outro crime; na progressão criminosa há fatos executados sucessivamente" (*JTACrim*, *64*:38).

NORONHA, citando RANIERI, ensinou: "*crime progressivo* se tem quando *um tipo*, abstratamente considerado, contém outro, de modo que sua realização não se pode verificar, senão passando-se pela realização do que ele contém" (*Direito penal*, I, n. 59, ed. Saraiva, 1986).

Para DAMÁSIO E. DE JESUS, "ocorre o crime progressivo quando o sujeito, para alcançar a produção de um resultado mais grave, passa por outro menos grave" (*Direito penal*, I, p. 175, Saraiva, 1993). É o caso do homicídio, que supõe o crime de lesão corporal ("crime de ação de passagem"), que é absorvido pelo primeiro.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE estabelece mais minuciosa distinção: "No *crime progressivo*, um tipo, abstratamente considerado, contém *implicitamente* outro que deve necessariamente ser realizado para se alcançar o resultado. O anterior é simples passagem para o posterior e fica absorvido por este. Assim, no homicídio, é necessário que exista, em decorrência da conduta, lesão corporal que ocasione a morte. Na rixa estão contidos implicitamente as eventuais lesões corporais ou as vias de fato ou o perigo para a vida ou saúde de outrem. Nessas hipóteses, o

agente estará incurso, respectivamente, *apenas* no art. 121 ou 137, e não nos arts. 129 e 132 do CP ou 21 da LCP. Difere o crime progressivo do crime complexo, porque neste há continência *expressa* de outro. Também se distingue o crime progressivo da *progressão criminosa*. Nesta, há duas ou mais infrações penais, ou seja, há dois fatos e não só um (como no crime progressivo). O agente pretende praticar um crime e, em seguida, resolve praticar outro mais grave (exemplo: lesões corporais e em seguida homicídio), o que constitui progressão criminosa *em sentido estrito*. Há também progressão criminosa, todavia, no antefato (*antefactum*) não punível e no pós-fato (*postfactum*) não punível. No antefato não punível a primeira infração é menos grave que a segunda (exemplos: a falsidade ideológica praticada para o crime de bigamia; porte ilegal de arma para o homicídio etc.). No pós-fato não punível a primeira infração é mais grave ou da mesma gravidade que a segunda (exemplos: o furto da coisa e sua posterior destruição, que é o crime de dano; a falsificação do documento e o uso do documento falso; a falsificação da moeda e a sua introdução no meio circulante). Em todas essas hipóteses, o autor desses fatos típicos deve ser punido somente pelo crime mais grave. Indispensável, entretanto, que os fatos estejam sempre em um mesmo contexto, isto é, que um seja praticado para o cometimento ou em decorrência do outro. Diz-se que a não-punição do *ante* ou *pós*-fato se dá pelo conflito aparente de normas (absorção), mas na verdade deriva de medidas de eqüidade e política criminal" (*Manual de direito penal*, v. 1, n. 3.6.8, p. 125, ed. Atlas, 1991).

Promotor de Justiça

1061. Promotor de Justiça — *v.*

Habeas-corpus contra o Promotor de Justiça, p. 522.

Inviolabilidade do membro do Ministério Público, p. 538.

Ministério Público, p. 652.

1062. Promotor de Justiça — promotor *ad hoc* — *v.*

Art. 252 do CPP, p. 288.

Ministério Público, p. 652.

1063. Promotor de Justiça — promotor *ad hoc* e falta de promotor — *v.* tb.

Ministério Público – nulidade, p. 653.

Existe nulidade quando a audiência criminal é realizada na ausência do membro do Ministério Público?

Se o membro do Ministério Público não foi intimado e não compareceu, dificilmente alguém se abalançaria a sustentar ausência de nulidade. A questão mais controvertida é a da ausência do Promotor de Justiça, se tinha havido prévia e válida intimação da instituição para acompanhar o ato.

Se a ausência se deu por motivo justificável, como uma doença sem que houvesse condições de providenciar-se a substituição automática, ou outro motivo relevante, sem dúvida o adiamento do ato será a providência mais correta, para obviar nulidades.

Mas e se não tiver ocorrido motivo de força maior ou equivalente?

Há anos, tivemos ocasião de apreciar um processo no qual o Juiz fizera realizar a audiência criminal, mesmo ausente o Promotor, que estava numa sala ao lado, presente no seu gabinete, exercendo outras funções normais de seu cargo, e que não comparecera à audiência apenas porque não fora apregoado. Nesse caso, o pregão não só é necessário como providência normal e de praxe.

Na verdade, para que Advogados e órgãos do Ministério Público não sejam obrigados a ficar todo o horário do expediente dentro da sala de audiências, mesmo quando não esteja participando da audiência, ou até mesmo horas a fio no corredor do Fórum, é processual, é normal e até recomendável pela boa or-

dem dos trabalhos, que sejam apregoados quando devam começar as audiências de seu interesse específico. Assim, se estiverem numa sala contígua, do conhecimento do Juízo (como o gabinete da Promotoria ou a sala dos Advogados, ou a sala da Defensoria Pública), mais que regra de cortesia, é norma de bom andamento processual que os Advogados e Promotores sejam apregoados, obviando-se as nulidades.

Ademais, como o processo penal não se promove de ofício (art. 129, I, da CF), ainda que faltasse o órgão ministerial à audiência, mister seria realizar o ato com o substituto automático do órgão faltante, comunicado o fato aos órgãos de administração superior do Ministério Público, para eventuais providências disciplinares cabíveis.

O que não tem cabimento é que, violando-se o princípio dispositivo e prescindindo-se do processo de partes, o órgão do Poder Judiciário promova o processo, dispensando a acusação, com grave comprometimento da função jurisdicional, pois o Juiz não pode acumular, no devido processo jurisdicional, nem as funções acusatórias nem as defensórias.

Diversa é a situação de quando o membro do Ministério Público é intimado para apresentar um ato processual, sem o qual se possa prosseguir no processo (como as razões ou contra-razões de apelo). Nesse caso, se, regulamente intimado, deixa de manifestar-se, há preclusão; e em nada desequilibra-se o contraditório prosseguir-se no feito mesmo sem a peça processual faltante; mas, se o que falta é a própria presença do membro do Ministério Público em ato processual do contraditório, não será possível realizá-lo em tão írrita situação, como não o seria na falta do defensor, ainda que substituto ou nomeado só para o ato.

1064. Promotor de Justiça — falta de alegações finais — *v.*

Ministério Público – nulidade, p. 653.

1065. Promotor de Justiça — atuação no inquérito policial — inexistência de impedimento — *v.* tb.

Inquérito policial, p. 534.

Se o Promotor de Justiça acompanha o inquérito policial, não está impedido de subseqüentemente dar denúncia, pois que no inquérito exerceu funções próprias de Ministério Público (*RTJ*, *119*:120).

Prova

1066. Prova — *v.*

Art. 156 do CPP (ônus da prova), p. 200.

Art. 159 do CPP (perícia), 233.

Art. 239 do CPP, p. 284.

Contradições do réu, p. 533.

Indícios e presunções, p. 531.

Policial, p. 691 e s.

Prova ilícita, p. 719.

Prova testemunhal, p. 721.

Simpatia, p. 763.

Testemunho, p. 775.

1067. Prova — a palavra do ofendido — valor — *v.* tb.

Art. 157 do CP – palavra da vítima, p. 207.

Em certos crimes, como no roubo, a palavra do ofendido assume grande valor, mormente quando não se evidencie que interesse poderia ter em acusar um suposto inocente, dele até então desconhecido. Fora dessas hipóteses, em outras circunstâncias, a acusação que alguém faça a seu anterior desafeto deverá ser vista com naturais reservas.

Demostrou MALATESTA que, em si, a animosidade do ofendido contra o ofensor não é garantia de que esteja falseando a verdade quanto à *indicação de autoria*: "Não se pode considerar a animosidade contra o ofensor como um motivo de suspeita contra o ofendido, quanto *à designação do delinqüente*. O ofendido, *nessa sua condição*, não pode ter animosidade senão contra o verdadeiro ofensor; e por isso, dizer ao ofendido que não se pode crer em sua incriminação contra o delinqüente, porque ele, como ofendido, abriga ódio contra ele, é uma verdadeira e flagrante antinomia, pois é como reconhecer a verdade da incriminação, querendo, ao mesmo tempo, negar-lhe credibilidade. Quando, porém, a aversão contra o ofensor deriva *de causas estranhas ao delito*, então o motivo de suspeita não residirá mais na qualidade de *ofendido*, mas na de *inimigo*, condição que, como o vimos ao explicar os critérios gerais, deprecia qualquer testemunho, inclusive o de terceiro, e nada tem a ver com os motivos de suspeita que são particularmente inerentes à qualidade de ofendido, dos quais estamos tratando agora" (cf. *Lógica de las pruebas en matéria criminal*, p. 144, ed. Temis, Bogotá, 1988, nossa a tradução).

1068. Prova — inversão da prova — coleta da prova de defesa antes da de acusação — *v.* tb.

Inversão da prova (defesa antes da acusação), p. 538.

"Se de um lado é certo que as testemunhas de acusação devem ser ouvidas antes das de defesa, de outro lado, não menos correto é que a nulidade decorrente da inobservância dessa ordem pressupõe prejuízo. Havendo as testemunhas de defesa declarado desconhecer o acusado, descabe falar em prejuízo" (*HC* n. 75.345-1/MS, STF — 2ª T, *DJU*, 19-9-97, p. 45.529).

Em alguns casos, é até mesmo comum a inversão, sem que se possa falar em prejuízo. Suponhamos que, expedida precatória para oitiva de testemunhas de acusação, passe o prazo fixado para seu cumprimento. O Juiz deverá prosseguir na instrução, com, não raro, oitiva de testemunhas de defesa e até prolação de sentença, mas a precatória, uma vez devolvida, será

juntada aos autos (CPP, art. 222, § 2º), e seu valor será apreciado normalmente no conjunto instrutório, quando ainda oportuno.

Prova ilícita

1069. Prova ilícita — *v.*

Busca pessoal, p. 398.

Escuta telefônica, p. 501.

Prova, p. 717.

1070. Prova ilícita — quebra de sigilo bancário — coexistência de prova lícita e autônoma — *v.* tb.

Requisições do Ministério Público, p. 737.

"1. A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. 2. Cuidando-se de diligência acerca de emissão de *notas frias*, não se pode vedar à Receita Federal o exercício da fiscalização através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção sobre se a hipótese comporta ou não conluio entre os titulares das empresas contratante e contratada, em detrimento do erário. 3. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade" (*RHC* n. 74.807— MT, rel. Min. Maurício Correa, 2ª T. STF, *DJU*, 20-6-97, p. 28.507).

A quebra do sigilo bancário — não observado o disposto no artigo 38, § 1º, da Lei n. 4.595/64 — não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa. Ordem denegada (*HC* n. 74.197-RS, rel. Min. Francisco Rezek, j. 26-11-96, 2ª T. STF, *DJU*, 25-4-97, p. 15.200).

1071. Prova ilícita — escuta telefônica — contaminação da prova — *fruits of the poisonous tree* — *v.* tb.

Escuta telefônica, p. 501.

"Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica — prova tida por ilícita até a edição da Lei n. 9.296, de 24-7-96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam — não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 74.599-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3-12-96, 1ª T., *DJU*, 7-2-97, p. 1.340).

Em outro precedente, o Supremo Tribunal Federal asseverou, *a contrario sensu*: "Prova ilícita — contaminação. Decorrendo as demais provas do que levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem. Precedente: *HC* n. 69.912-RJ, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com acórdão veiculado no *DJU* de 25-3-94" (*HC* n. 73.510, *Informativo STF*, n. 96; no mesmo sentido, *HC* n. 74.531-SP, *Informativo STF*, n. 126).

1072. Prova ilícita — gravação telefônica — cabimento

A interceptação de conversas telefônicas, ou de comunicações em sistema de informática e telemática, está disciplinada pela Lei n. 9.296/96, que regulamenta o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal, e só se admite por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução em processo penal.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a validade da prova consistente em gravação de conversa telefônica, mesmo sem o conhecimento de um dos interlocutores, desde que haja alguma excludente de antijuridicidade da conduta.

"*Habeas-corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta — a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime —, é ela, por via de conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas-corpus* indeferido (*v. HC* n. 69.818, *RTJ*, *148*:213)" (*HC* n. 74.678-1 – SP – rel. Min. Moreira Alves, j. 10-6-97, 1ª T., *DJU*, 15-8-97, p. 37.036).

1073. Prova lícita — gravação ambiental

"Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada *gravação ambiental*, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal" (*HC* n. 74.678, *DJU*, 15-8-97 e *HC* n. 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da 1ª T. STF; RE n. 212.081, rel. Min. Octavio Gallotti, *Informativo STF*, 104).

Prova testemunhal

1074. Prova testemunhal — *v.*

Prova, p. 717.

Testemunho, p. 775.

Queixa

1075. Queixa — *v.*

Ação penal privada, p. 40.

Ação penal privada (aditamento), p. 40.

Art. 39 do CPP (queixa e representação), p. 101.

Art. 44 do CPP, p. 115.

Lei de Imprensa, p. 560.

Representação, p. 735.

1076. Queixa — deve vir acompanhada de inquérito policial ou peças de informação

Assim como ocorre com a denúncia, também a queixa-crime deve vir apoiada em inquérito policial ou qualquer outro meio indiciário idôneo que lhe sirva de base. Sabe-se que o inquérito policial não é indispensável para a propositura da ação penal, mas, na sua falta, a denúncia ou a queixa devem ser acompanhadas de outros elementos indiciários (CPP, art. 12; *RTJ*, *76*:741 e *64*:343).

Se isso não ocorre, a queixa não comporta recebimento, desacompanhada de inquérito policial ou de peças de informação, nas quais possa basear-se a acusação nela contida (CPP, art. 12; *RT*, *526*:325 e *524*:404; *JTACrim*, *79*:169). É indispensável que haja um mínimo de substrato fático para apreciar sua adequação ou não à imputação e permitir o exame da justa causa para conseqüente recebimento da acusação, que envolve tantos gravames para o querelado.

Reconhecimento

1077. Reconhecimento — *v.*

Prova, p. 717.

Testemunho, p. 775.

Recursos

1078. Recursos — *v.*

Absolvição – fundamento, p. 35.

1079. Recursos — recurso de ofício da Lei n. 1.521/51 — *v.* tb.

O recurso *ex officio*, previsto na Lei n. 1.521/51, estaria revogado pelo art. 129, I, da Constituição Federal, que supõe seja a ação penal pública necessariamente movida pelo Ministério Público?

O art. 7º da Lei n. 1.521/51 previu o duplo grau obrigatório de jurisdição em três hipóteses: *a)* em caso de absolvição por crime contra a saúde pública; *b)* em caso de absolvição por crime contra a economia popular; *c)* em caso de arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial. Desde logo, porque a lei fala em *crime*, parte da jurisprudência inclinou-se desfavoravelmente ao conhecimento dos chamados *recursos de ofício* no caso de meras *contravenções* (*RJDTACrim*, 7:223).

A primeira hipótese pode considerar-se derrogada (recurso *ex officio* em absolvição por crime contra a saúde pública), porque a Lei n. 6.368/76 dispôs sobre a parte material e processual da repressão ao uso e tráfico de entorpecentes, não tendo mantido essa previsão.

Nas duas outras hipóteses (absolvição por crime contra a economia popular e arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial), há controvérsia a respeito de ter ou não havido derrogação do chamado *recurso de ofício*, em vista da superveniente privatividade da ação penal pelo Ministério Público conferida pelo art. 129, I, da Constituição Federal (em favor da derrogação, cf. *RT*, *676*:348-TACrimRS, rel. Wladimir Giacomuzzi; RO n. 789.051-5-TACrimSP, rel. Wálter Theodósio, m.v., 4ª Câm., 17-8-93; em sentido contrário, conhecendo da remessa *ex officio*, cf. *RJDTACrim*, *15*:206, *5*:78, *5*:79, *4*:202, *4*:199, *4*:196, *3*:210, *2*:222, *v.g.*).

A nosso ver, sem prejuízo da privatividade que a Constituição assegura ao Ministério Público na promoção da ação penal pública, nada obsta a que a lei estabeleça duplo grau de jurisdição obrigatório para alguns casos que ela repute mais relevantes. Na verdade, a lei não está fazendo literalmente com que o Juiz *recorra*, em sentido técnico processual, de sua própria decisão; ainda que sob denominação infeliz de um suposto *recurso de ofí-*

cio (Lei n. 1.521/51, art. 7º), o que a lei está querendo é apenas obrigar que, em algumas matérias, haja necessariamente dois graus de jurisdição.

Desta forma, em si, não há incompatibilidade entre o sistema do art. 7º da Lei n. 1.521/51 e a nova ordem constitucional (*RJDTACrim*, *14*:212). Muito menos incompatibilidade alguma ocorre entre a Constituição e a última parte do art. 7º da Lei n. 1.521/51 (que exige a revisão da decisão de arquivamento do inquérito policial). Com efeito, o mero reexame da decisão judicial de arquivamento não viola a privatividade da ação penal: chegando o tribunal ao entendimento de que o arquivamento foi mal deferido, usará o caminho do art. 28 do Cód. de Processo Penal, remetendo os autos ao chefe do Ministério Público local, de forma que a última palavra sobre a propositura da ação penal pública continuará em mãos do Ministério Público, o que é próprio do processo penal acusatório (*RJDTA-Crim*, *14*:209, *14*:211, *14*:212).

1080. Recursos — recursos do Ministério Público — *v.*

Art. 577 do CPP (recurso a favor do réu), p. 367.

Efeito devolutivo (recurso do Ministério Público), p. 493.

Prazos, p. 692.

Prazos do Ministério Público, p. 694.

Recursos especial e extraordinário

1081. Recursos especial e extraordinário — *causa decidida*

A Constituição Federal só admite a interposição de recurso extraordinário ou recurso especial em "causas decididas em única ou última instância" (arts. 102, III, e 105, III).

Causa decidida, para os efeitos desses dispositivos constitucionais, não decorre apenas de julgamento final da lide, e sim também do acórdão que, em única ou última instância, decida

definitivamente *questão* atinente a pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, e, ao fazê-lo, viole norma constitucional ou a lei federal. A não se entender assim, um acórdão que decidisse um incidente num processo, como num agravo ou num recurso em sentido estrito, não seria passível de recurso especial ou extraordinário, ainda que violasse por inteiro a lei federal ou a própria Constituição da República, porque, sob a interpretação ora combatida, ao resolver o incidente, não estaria *decidindo a causa.*

Por isso que, discorrendo sobre o art. 119, III, da Carta de 69, análogo à hipótese ora em estudo, PONTES DE MIRANDA observara: "aguardar que se chegue a ela (sentença definitiva sobre o mérito) para que se recorra seria contra todos os *princípios de economia e de presteza dos processos*, além de se reabrirem as discussões e julgamento. À medida que se compõem casos de recurso extraordinário deve dar-se a interposição, e haverá tantos recursos extraordinários quantos tenham sido os julgados de única ou última instância que possam ser considerados como exemplos de qualquer das decisões configuradas no art. 119, III" (*Comentários à Constituição de 67, com a Emenda n. 1, de 1969*, IV/113, ed. Rev. dos Tribunais, 1970).

Assim, a expressão *causas decididas em única ou última instância* está no texto constitucional não para significar que somente são passíveis de recurso extraordinário ou especial decisões jurisdicionais que *enfrentem o mérito final da causa*, e sim para significar que: *a)* só cabem tais recursos contra questão que tenha sido efetivamente *decidida* (daí a necessidade do prequestionamento; NELSON NERY, *Princípios fundamentais — teoria geral dos recursos*, p. 205, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, 1992); *b)* não cabem tais recursos se ainda não há *decisão final*, ou seja, se a questão ainda não foi decidida *em definitivo* nas instâncias ordinárias (isto é, não cabe recurso extraordinário nem especial se a decisão ainda for passível de impugnação por meio de recurso ordinário — RE 136.154-DF-STF Pleno, 27-8-92, *v.g.*).

Em referidas passagens constitucionais, por causa *decidida*, pois, quer-se significar não só o acórdão ou sentença, mas até mesmo a decisão que, violando norma constitucional ou federal, em instância única ou última, ponha termo a alguma questão do processo. Nesse sentido, é o ensinamento ainda atual de PONTES DE MIRANDA, para quem esses recursos excepcionais são interponíveis "desde que a decisão proferida seja decisão de única ou última instância" (*Comentários*, *id. ib.*).

A entender-se o contrário, mesmo que violando a Constituição Federal, um acórdão de tribunal local poderia, em única ou última instância, impunemente fazer *tabula rasa* da própria Constituição Federal, ao resolver um incidente do processo, ainda que sem julgá-lo no mérito, ou ao converter o julgamento em diligência para alguma providência que ferisse normas fundamentais.

Enfim, não quer dizer a Constituição que só caiba recurso especial ou extraordinário *contra a decisão final da causa*, e sim que só cabem esses recursos contra decisões finais proferidas em única ou última instância na causa — o que é bem diferente.

1082. Recursos especial e extraordinário — causa decidida — posição do STF

Apreciando a questão da interposição de RE contra decisão interlocutória, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o conceito de *causa* decidida em única ou última instância para efeito do cabimento de recurso extraordinário (CF, art. 102, III), alcança as decisões interlocutórias de caráter terminativo. Com esse entendimento, por maioria, conheceu de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que determinara o seguimento de processo que havia sido extinto sem julgamento de mérito pelo juízo de 1º grau; restou vencido o Min. Marco Aurélio, por entender que decisões interlocutórias não são passíveis de impugnação mediante recurso extraordinário (RE 210.917-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12-8-98, *Informativo STF*, *118*).

1083. Recursos especial e extraordinário — a questão probatória

Não se admitem recursos excepcionais para simples reexame da prova, como para discutir se esta é boa ou não para a condenação (Súm. n. 279 – STF; Súm. n. 7 – STJ).

Contudo, *quid juris* se o acórdão *desconsidera* uma prova existente nos autos e faz como se uma prova existente não existisse, ou como se uma prova existente, que diz *A*, dissesse *B*? Normalmente, nesses casos, a questão também é tratada pelos tribunais como questão meramente probatória, insuscetível de impugnação por meio de recursos especial ou extraordinário.

Contudo, a nosso ver, nem sempre é assim. Em casos teratológicos, será possível que o acórdão local, não podendo diretamente violar a Constituição ou a lei federal porque aí se sujeitaria à pronta impugnação de índole extraordinária, por vias transversas tente burlar o mecanismo constitucional de controle e assim se remeta a uma suposta questão probatória, quando, na verdade e em última análise, esteja a negar eficácia a normas federativas. Se nesses casos houver *ictu oculi* essa absoluta falta de correspondência, há *quæstio juris*, que pode até dizer respeito à própria validade da prestação jurisdicional.

Suponhamos que o tribunal local: *a)* desconsidere uma escuta telefônica, taxando-a de prova ilícita, em hipótese que a lei a considere válida, e conseqüentemente absolva o réu por falta de provas; *b)* invoque o fato de que o réu teria sido reconhecido por testemunhas, quando testemunha alguma foi ouvida nos autos, ou o condene porque seria confesso, quando o réu jamais foi ouvido ou deu sua versão para os fatos; *c)* diga que não há prova de que a vítima tenha morrido, quando nos autos, presentes a certidão e óbito e o laudo necroscópico, fosse a morte incontroversa. Em todos esses casos, o acórdão poderia estar violando a lei (*quæstio juris*) da mesma forma que o faria se dissesse *não dou como válida uma prova que a lei considera válida* (hipótese *a*); ou *posso condenar sem prova alguma ou com motivação falsa*

(hipótese *b*); ou *posso negar eficácia à lei que diz que matar ou roubar é crime, simplesmente dizendo que a prova, qualquer que seja, é insuficiente para condenar, mesmo sem que isso corresponda aos autos* (hipótese *c*).

Assim, a invocação da mera questão probatória no acórdão local poderia ser mero pretexto para burlar a lei e obter, por vias transversas, resultado diverso do que pretende o legislador, e, ao mesmo tempo, assegurar a impossibilidade de revisão do *decisum* pelas cortes extraordinárias de cassação. Mais do que mera questão probatória, insuscetível de apreciação pelos ditos recursos extraordinários, poderíamos estar diante de hipótese de vício de motivação.

O que a Súm. n. 279 do Supremo Tribunal Federal impede é a interposição de recurso extraordinário para simples reexame da prova, mas "sem vedar o cabimento do recurso para o efeito de o STF avaliar a prova dos fatos que entram na composição do direito, formando uns e outros acabada complexidade" (RE n. 65.721, *RTJ*, *59*:439). Assim, "o exame da prova pode dar ensejo ao recurso extraordinário, quando o juiz delira das diretrizes da lei, quanto à eficácia em tese de determinada prova, porque, neste caso, a questão é simplesmente *de juris*" (RE n. 83.378, *DJU*, 20-8-76, cit. por JOSÉ NUNES FERREIRA, *Súmulas do Supremo Tribunal Federal*, p. 218, ed. Saraiva, 1992).

Por isso que, não obstante o teor da Súm. n. 279, com acerto anotou ULDERICO PIRES DOS SANTOS: "de notar-se, todavia, que o Tribunal Excelso tem feito importante distinção entre a apreciação da prova e a *valoração* desta. Quando a hipótese se enquadra na última, o recurso extraordinário tem prefeita adequação porque, nesse caso, o que existe é infringência do princípio jurídico do direito probatório, por haver menoscabo total aos elementos probatórios contidos nos autos. Se neles existem provas que a decisão recorrida fez questão de não tomar conhecimento, ou se, as conhecendo, afirmou o que elas negam peremptoriamente, ou negou o que elas afirmam, é claro que aí já não se trata mais de apreciar prova e sim da constatação de

que os julgadores se omitiram totalmente em relação ao que foi comprovado ou não comprovado nos autos" (*Teoria e prática do recurso extraordinário cível*, p. 22, ed. Forense, 1977; *v.* tb. *RTJ*, *72*:472, *56*:65, *55*:801; *RF*, *205*:39, *199*:43, *124*:449, 112:428, *111*:423, *111*:106).

Reformatio in pejus

1084. ***Reformatio in pejus — v.***

Art. 617 do CPP, p. 385.

Recursos, p. 722.

Regime aberto

1085. Regime aberto — *v.*

Pena, p. 679.

Prisão albergue, p. 706.

Regime na execução, p. 732.

Sursis, p. 766.

Regime da pena

1086. Regime da pena — omissão da sentença — *v.* tb.

Art. 33, § 2º, do CP, p. 96.

Art. 59 do CP, p. 118.

Art. 68 do CP, p. 136.

Art. 157 (roubo), p. 205.

Pena, p. 679.

Pena – individualização, p. 685.

Prisão albergue, p. 706.

Regime aberto, p. 730.

Regime na execução, p. 732.

Sentença, p. 755.

Tóxicos, p. 782.

"É direito do condenado e dever do juiz que se declare expressamente qual o regime de cumprimento da pena, de cuja obrigatoriedade não pode furtar-se (CP, art. 59, III, e LEP, art. 110). Em se tratando de garantia de individualização da pena, omissa a sentença, nessa parte, impõe que se supra a omissão" (*HC* n. 75.171-7/RJ, 1ª T. STF, *DJU*, 5-9-97, p. 41.872).

A omissão pode e deve ser suprida em segundo grau, sem importar nulidade da sentença (*RT*, *690*:350).

Em sede de *habeas-corpus*, os tribunais têm decidido que "a omissão na fixação do regime prisional inicial não enseja nulidade da sentença; é algo que pode ser corrigido. Pedido parcialmente deferido para que o juiz de primeiro grau fixe o regime inicial do cumprimento da pena" (*HC* n. 4.617/SP, 5ª T. STJ, *DJU*, 29-9-97, p. 48.227; *RT*, *690*:350); ou ainda que "não procede a alegação de nulidade da sentença, por vício na individualização da pena. *Habeas-corpus* deferido, em parte, para que o Tribunal indigitado coator complete o julgamento, com a definição do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade" (*HC* n. 73.286-SP, rel. Min. Néri da Silveira, j. 6-2-96, 2ª T., STF, v.u., *DJU*, 29-3-96, p. 9.376).

1087. Regime da pena — regime inteiramente fechado — *v.* tb.

Regime na execução, p. 732.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 — Lei dos Crimes Hediondos —, que exige o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo (*RJDTACrim*, *21*:420-STF Pleno; *RTJ*, *146*:611; *HC* n. 69.603-SP — Pleno, m.v., rel. Min. Paulo Brossard, j. 18-12-92, *DJU*, 23-4-93, p. 6.922; *HC* n. 72.567-RS).

Tal dispositivo em nada viola o princípio constitucional da individualização da pena, pois, *independentemente do regime de cumprimento da pena, já imposto na lei, o Juiz tem o dever de individualizar sua aplicação*.

Assim, "aplicando orientação firmada pelo Plenário no julgamento do *HC* n. 76.731-SP (sessão de 25-3-98, *v. Informativo* 104) no sentido de que a Lei n. 9.455/97, que admite a progressão do regime de cumprimento de pena para o crime de tortura, não se aplica aos demais crimes hediondos previstos na Lei n. 8.072/90, a Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal para reformar acórdão do STJ, que assegurara a condenado por crime de tráfico de entorpecentes o instituto da progressão do regime de cumprimento da pena previsto para o crime de tortura sob o fundamento de que o art. 5º, XLIII, da CF teria tratado de forma isonômica tais crimes ("*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*"). Precedente citado: *HC* n. 76.543-SC (*DJU*, 17-4-98). RE n. 237.846-DF, rel. Min. Moreira Alves, 14-12-98" (*Informativo STF*, 136).

1088. Regime da pena — regressão

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a regressão do paciente ao regime fechado supõe que se proceda à sua prévia oitiva (*HC* n. 76.221-SP, *HC* n. 76.219-SP, *Informativo STF*, 113).

Regime na execução

1089. Regime na execução — omissão da sentença — *v.* tb.

Art. 33 do CP, p. 95.

Art. 112 da LEP, p. 158.

Pena, p. 679.

Prisão albergue, p. 706.

Regime aberto, p. 730.

Regime da pena, p. 730.

"Não tendo o acórdão disposto sobre o regime de cumprimento da pena, está a matéria afeta à decisão do juízo da execução" (*HC* n. 69.725-9-SP, 1ª T. STF, j. 1-12-92, v.u., rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU* de 5-2-93, p. 848; no mesmo sentido, Ap. n. 556.149-TACrim, rel. Hélio de Freitas, e Ap. n. 501.639-TACrim, rel. Gonzaga Franceschini). Mas, em havendo recurso, nada impede e tudo recomenda que o Tribunal *ad quem* de imediato complemente o julgamento (*RT*, *650*:344-STF, *650*:356-STF; *RTJ*, *130*:716), ainda que para aplicar o regime mais brando, desde que compatível com o art. 33, § 2º, do Cód. Penal (MIRABETE, *Execução penal*, 4ª ed., p. 295).

1090. Regime na execução — reincidência — *v.* tb.

Prisão albergue, p. 706.

Reincidência – v. verbete seguinte.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido caber regime inicial aberto para cumprimento de pena, a despeito de se tratar de réu reincidente, se a reincidência em crime doloso resulta de condenação anterior por multa (*HC* n. 67.632-4-SP, 1ª T, *DJU* 229:17.760, 1º-12-89; *RT*, *666*:288). No mesmo sentido, cf., ainda, STJ — *RHC* n. 1.735-GO — *DJU*, 1º-6-92, p. 8.058; *RT*, *668*:322; *JTACrim*, *87*:352; *RT*, *666*:288; *RJTJSP*, *120*:521.

Reincidência

1091. Reincidência — *v.*

Antecedentes, p. 49.

Art. 33, § 2º, do CP, p. 96.

Art. 63 do CP, p. 127.

Art. 67 do CP — menoridade e reincidência, p. 134.

Art. 83 do CP, p. 147.

Art. 110 do CP (prescrição e reincidência), p. 156.

Regime aberto, p. 730.

Regime na execução, p. 733.

Sursis, p. 770.

Renúncia da apelação

1092. Renúncia da apelação — *v.* tb.

Recursos, p. 722.

No processo penal, veda-se a desistência do recurso ao Ministério Público (CPP, art. 576).

Já o réu não só pode renunciar ao direito de interpor o recurso como desistir daquele já interposto. E, "uma vez exercida, a renúncia ou a desistência é ato irrevogável, no sentido de que se consome o direito renunciado, que não pode ser revivido por ulterior manifestação de vontade do renunciante"; assim, "no preciso momento em que é manifestada, produz seus efeitos constitutivos sobre o objeto do direito e preclusivos de mérito" (MIRABETE, Processo *penal*, p. 637, ed. Atlas, 1998).

O que ocorre, porém, é que, não raro, o réu manifesta expresso desinteresse em impugnar a sentença condenatória, mas seu advogado, melhor avaliando a matéria dos autos, entende de interpor apelação. Nesse caso, em que pesem respeitáveis entendimentos em contrário, entendemos deva a inconformidade ser conhecida (*RT*, *629*:391-STF, *628*:305, *597*:425-STF, *589*:333; *RJTJSP*, *126*:449, *104*:467 e 468).

Pouco importa se trate de advogado dativo ou constituído quem tenha recorrido; na verdade, tem o réu direito a uma orientação profissional, a uma defesa técnica, enfim, ao devido processo legal.

Verdade é que poderia ele, réu, até mesmo cassar o mandato do defensor constituído; contudo, se pelas circunstâncias do caso não se afere qualquer razão efetiva que pudesse recomendar não fosse manifestada uma inconformidade de todo natural, tudo poderá levar a crer que o desinteresse do réu em apelar mais terá decorrido de falta de contato prévio com seu defensor.

Assim, mais justo é que o recurso tempestivamente interposto pelo defensor do réu deva ser processado, ainda que o réu tenha manifestado não desejar recorrer: afinal, no caso, o processamento do recurso será em seu único benefício.

Representação

1093. Representação — *v.*

Ação penal privada, p. 40.

Art. 39 do CPP, p. 100.

Art. 39 do CPP (queixa e representação), p. 101.

Crimes contra a honra, p. 448.

1094. Representação — ação penal pública condicionada — renúncia — *v.* tb.

Representação – cautelas, p. 736.

Retratação, p. 738.

Pode a autoridade policial ou judicial, no curso do prazo da representação do ofendido por crime de ação pública condicionada, colher a renúncia do direito de representação?

Até o advento da Lei n. 9.099/95, nosso ordenamento não contemplava forma alguma de renúncia ao *direito de representação*; contemplava e ainda contempla diversas formas de renúncia expressa ou tácita ao *direito de queixa*, nas ações penais privadas (CP, arts. 104-6 e 107, V; CPP, arts. 50 e 57).

Ora, sempre que o legislador quis estipular uma norma *comum* ao direito de queixa e ao de representação, fez expressa

referência a *ambos* os institutos (como nos arts. 103 do CP, ou 38 do CPP, que cuidam do direito de queixa ou representação); contudo, quando quis editar norma que só se aplicasse a *um* dos institutos, discriminou expressamente a qual se reportava (como no art. 25 do CPP, que cuida da retratação do direito de *representação*, ou nos arts. 104-6 e 107, V, do CP, que cuidam do direito de *queixa*).

Foi esse sistema que levou EDUARDO ESPÍNOLA a dizer, com toda a razão, que "o direito de representação não tolera renúncia ao seu exercício" (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, I, n. 122, p. 448).

Ainda hoje essa lição mantém atualidade, feitas apenas duas ressalvas: *a)* embora em regra já não coubesse renúncia ao direito de representar, a própria lei admite *retratação da representação ofertada, até antes do oferecimento da denúncia* (CPP, art. 25), o que, a rigor, não é *renúncia* ao direito de representar, até porque o direito de representar persistia, mesmo depois de retratada a representação anterior, até o decurso do lapso decadencial (nesse sentido, corretamente, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 25, ed. Saraiva, 1991); *b)* com o advento da Lei n. 9.099/95, passou-se a permitir uma única forma de *renúncia ao direito representação*, subseqüente à composição de danos civis, em crime de ação pública condicionada (art. 74 e parágrafo único).

Assim, se a vítima apresentou tempestiva representação por crime de lesões corporais leves, de que cuida o art. 88 da Lei n. 9.099/95, antes do oferecimento da denúncia pode retratá-la, nos termos do art. 25 do Cód. de Processo Penal, *a contrario sensu*, observando-se a mesma forma que se usa para a própria representação (CPP, art. 39 *caput*).

Representação – cautelas

1095. Representação ao Promotor — cautelas — *v.* tb.

Decadência, p. 466.

Representação do ofendido, p. 735.

A presença da parte interessada, pedindo "providências" à autoridade normalmente equivale à própria manifestação de vontade necessária para exercer-se o *ius persequendi*: diante da limitação cultural da pessoa que procure a autoridade, é necessário utilizar palavras simples para aferir-lhe a real intenção.

Geralmente nos crimes contra os costumes, mesmo que o representante legal da ofendida não compareça à Promotoria de Justiça com representação escrita e em termos (isso raramente ocorre), deve o Promotor de Justiça esclarecer que não se pode *obrigar* o sedutor, por exemplo, a casar com a seduzida, mas, atendidos os requisitos legais, pode-se processá-lo criminalmente se não o fizer; se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, admite-se seja exercitado o direito de representação no prazo de seis meses, que é de decadência e improrrogável (CP, art. 225, § 1º, I; CPP, art. 38).

Havendo manifestação de vontade favorável à apuração criminal, deve-se colher no ato a representação; em caso contrário, mesmo que o interessado peça tempo para decidir-se, é de boa cautela ouvi-lo em declarações, presenciadas por testemunha idônea, ficando consignado no instrumento que o interessado está informado sobre o direito de representação e sobre o prazo de seis meses para exercitá-lo a contar do dia em que veio a saber quem é o autor do crime. Essa cautela, aliás, é muito importante para evitar futuros problemas[87].

Requisições do Ministério Público

1096. Requisições do Ministério Público — *v.* tb.

Ministério Público, p. 652.

87. Quando essa cautela não é seguida, pode gerar a suposição de possível conivência criminosa com uma situação ilícita de que já se tinha conhecimento (cf. *HC* n. 137.196, Câm. Crim. Conj. TJSP, j. 12-9-1978, rel. Azevedo Franceschini). Cf. nosso *Manual do Promotor de Justiça*, p. 195, ed. Saraiva, 1991.

Sobre as hipóteses em que pode o Ministério Público requisitar diretamente diligências, em suas atividades investigatórias diretas, na área cível ou penal, independentemente de autorização judicial, *v.* nossos ***O inquérito civil***, ed. Saraiva, 1999, ***A defesa dos interesses difusos em juízo***, ed. Saraiva, 1999, e ***Regime jurídico do Ministério Público***, ed. Saraiva, 1996.

Retratação

1097. Retratação — crimes contra a honra — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Representação (renúncia), p. 735.

Os crimes contra a honra previstos na Lei de Imprensa são em regra de ação privada; por exceção, são de ação pública (Lei n. 5.250/67, arts. 20-2 e 40).

Se o autor das ofensas se retratar ou fizer retificação espontânea, expressa e cabal, antes de iniciado o procedimento judicial, estará excluída a possibilidade de ação penal contra os responsáveis pelos crimes previstos nos arts. 20-2 da mesma lei; se a retratação se der em juízo, haverá isenção de pena (Lei n. 5.250/67, art 26 e § 1º).

Por sua vez, o Cód. Penal admite que, nos crimes contra a honra, nele previstos, o *querelado* emita retratação *da calúnia ou da difamação* até antes da sentença (CP, art. 143). Ao falar em *querelado*, a lei codificada está a referir-se expressamente apenas à ação penal privada; além disso, exclui a retratação no crime de injúria.

No tocante aos crimes contra a honra de que cuida a Lei de Imprensa, a só comparação da literalidade dos arts. 26 desta última e do art. 143 do Cód. Penal, levaria a firmar a regra de que, no sistema da lei especial, caberia a retratação seja nos crimes de injúria, calúnia ou difamação, sem distinguir quanto à iniciativa da ação penal.

O entendimento, entretanto, vem sendo parelho ao do sistema codificado.

Por primeiro, o crime de injúria não admite retratação, pouco importa que se trate de crime previsto no Cód. Penal ou na Lei de Imprensa, e isso porque, “malgrado a literalidade do art. 26, *caput*, da Lei de Imprensa, é logicamente impossível a retratação na injúria. É que a retratação constitui reconhecimento pelo ofensor da *falsidade da imputação*, o que, na injúria, à falta de atribuição de fato determinado ao ofendido, resulta logicamente impossível” (*RT*, *652*:367-STF-Pleno, j. 7-12-89; em sentido contrário, *v. RJDTACrim*, *4*:77, rel. Souza Rego; *v.*, ainda, FREITAS NOBRE, *Lei da informação*, p. 115, ed. Saraiva, 1978, e DARCY ARRUDA MIRANDA, *Comentários à Lei de Imprensa*, vol. 2, p. 512, ed. Rev. dos Tribunais, 1969).

Em segundo lugar, temos a questão da impossibilidade de retratação nos crimes de ação pública condicionada. Nos crimes contra a honra, previstos no Cód. Penal, a lei fala em retratação do *querelado*; daí, a extinção da punibilidade, pela retratação, só pode atingir as hipóteses de ação privada, não as de ação pública, justamente para preservar a integridade dos órgãos estatais no exercício de suas funções, ultrapassando a esfera dos interesses privados (*RTJ*, *108*:586; *JTACrim*, *77*:445-STF, *79*:471, *70*:376; *RT*, *590*:449, 559:394, *523*:419, *519*:398; *RJDTACrim*, *6*:165).

Ora, este entendimento é também aplicável ao sistema da Lei de Imprensa, pois, se a ação é pública, ainda que condicionada, depois de tiver sido exercitada, não mais caberá nem retratação nem desistência, nos termos dos arts. 25 e 42 do Cód. de Processo Penal (*RT*, *559*:394). Assim, em que pesem entendimentos em sentido contrário (*v.g. RJDTACrim*, *4*:77; *RT*, *652*:367 e, especialmente, p. 371, n. 17), igualmente na Lei de Imprensa não se pode admitir a retratação nos feitos de ação penal pública, pois isto equivaleria a admitir o perdão como causa extintiva da punibilidade nesse tipo de infrações, o que o Supremo Tribunal Federal tem deixado assente não ser possível

(*HC* n. 64.964-5-SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 12-6-87, p. 11.859), excetuado, naturalmente, quando a própria lei o admita por expresso (*v.g.*, art. 121, § 5º, do CP).

Em correta interpretação, DARCY ARRUDA MIRANDA anota que o instituto da retratação só tem cabida nas ações iniciadas mediante queixa, lembrando a impossibilidade de desistir da ação penal pública e a de retratar a representação depois da denúncia (*Comentários à Lei de Imprensa*, v. 2, p. 510, ed. Rev. dos Tribunais, 1969).

Assim, o art. 143 do Cód. Penal não faz mais do que confirmar a regra, quando se refere expressamente apenas à retratação do *querelado*, de forma que o princípio — que decorre da indesistibilidade da ação penal pública e da irretratabilidade da representação — é o mesmo que deve ser aplicado tanto nos crimes contra a honra previstos no Cód. Penal como nos crimes da Lei de Imprensa.

Revelia

1098. Revelia — valor — *v.*

Art. 186 do CPP, p. 264.

Art. 366 do CPP, p. 339.

Art. 392 do CPP (intimação da sentença), p. 349.

Citação por edital, p. 404.

Edital de citação, p. 490.

Lei n. 9.271/96, 609.

Revelia ficta

1099. Revelia ficta — citação por edital — necessidade de esgotar os meios de localização pessoal do réu — *v.* tb.

Citação por edital, p. 404.

Lei n. 9.271/96, p. 609 e s.

A doutrina e a jurisprudência vêm fixando o verdadeiro alcance da citação ficta (cf. *RT*, *584*:288). Sobrevindo a revelia, é natural persista fundada dúvida sobre se o não-comparecimento se deu por desinteresse (como na *revelia real*) ou se por efetivo desconhecimento da existência da ação (pois nem sempre a notícia da ação chega efetivamente ao conhecimento de quem é chamado por meio ficto). Isso justifica seja a citação ficta um meio excepcional para chamar os réus ao processo — ato este de ímpar gravidade, especialmente no processo penal, e que gera o que em doutrina se pode chamar verdadeiramente de *O direito de ser citado* (Luiz Carlos de Azevedo, ed. Res. Universitária, 1980).

Assim, desde que nos autos haja endereços onde o réu não tenha sido procurado, ou desde que haja meios usuais de sua fácil localização, é absolutamente desejável, imperioso mesmo, que se tente sua localização pessoal, antes de propender pela citação por edital.

Revisão

1100. Revisão — *v.*

Art. 630 do CPP (indenização), p. 386 e 749.

Impedimentos, p. 529.

Justificação, p. 555.

Revisão – impedimento do Juiz, p. 750.

1101. Revisão — necessidade de defesa técnica

O art. 623 do Cód. de Processo Penal admite que a revisão criminal seja pedida pelo próprio réu, ou procurador legalmente habilitado, ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Baseadas nesse dispositivo, é muito comum que sejam encaminhadas aos tribunais petições, não raro manuscritas, feitas e assinadas pelos próprios sentenciados, pedindo a revisão de seus processos.

Em vista do que hoje dispõem a Constituição e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, seria exigível que a petição viesse subscrita por advogado?

Embora o art. 133 da Constituição considere ser o advogado indispensável à administração da Justiça, e os arts. 1º e 20 da Lei n. 8.906/94 (EOAB) reiterem esse comando, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se derrogaram normas processuais que permitem, em alguns casos, que o próprio interessado postule em juízo a defesa de seus direitos, como no *habeas-corpus* ou na revisão criminal (nesse sentido, o *HC* n. 71.339-4, rel. pelo Min. Néri da Silveira, *Informativo STF*, 63; *HC* n. 73.368-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª T., j. 19-3-96, *Informativo STF*, 24; *HC* n. 72.981-SP, rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., j. 14-11-95, *DJU*, 9-2-96, p. 2.075; *RTJ*, *146*:49-STF Pleno, e *RT*, *699*:407-STF Pleno; *RT*, *698*:325-TJSP; Rev. n. 253.450, 251.800 e 265.432, julgadas respectivamente pelo 1º, 2º e 3º Grupo de Câmaras do TACrim).

Entretanto, *concessa venia*, a nomeação de um advogado dativo para assistir o peticionário deve ser empreendida para assegurar o exercício de defesa técnica, em todas as fases da tramitação do pedido revisional.

Mesmo sem recorrer ao argumento de que o Estatuto da OAB supõe imprescindível a atuação do advogado na prestação jurisdicional (Lei n. 8.906/94), até porque essa imprescindibilidade deve ser considerada dentro dos limites da lei (CF, art. 133 *caput*), e, embora a vetusta lei processual de 1941 permita ao réu requeira diretamente a revisão, por certo lhe faltará a assistência técnica que a um réu de maiores recursos financeiros certamente não faltaria, *não só para propor a revisão, como também para acompanhar sua tramitação em todos os seus termos, podendo interpor eventuais recursos pertinentes*.

Assim, a nomeação de defensor dativo para o peticionário é medida que se impõe.

1102. Revisão — contrariedade à evidência dos autos

Um dos fundamentos de admissibilidade da revisão consiste no fato de ter sido a decisão a ser revista *contrária à evidência dos autos* (CPP, art. 621, I, última figura).

Entretanto, não raro o peticionário invoca essa *causa petendi*, mas não alega nem muito menos demonstra qualquer razão pela qual se pudesse considerar que a sentença tivesse contrariado a evidência dos autos. Bem analisada, sua inicial é como uma nova apelação, na qual se bate pela tese da insuficiência de provas.

Mas esse não seria motivo bastante para a revisão. Com efeito, "decisão contrária à evidência dos autos, por certo, só é aquela inteiramente divorciada do contexto da prova produzida, em conflito visível com o teor dessa prova existente nos autos, com o que não se confunde e nem se equipara a mera alegação de insuficiência probatória. Esta decorre da fragilidade da prova considerada em seu todo; e aquela resulta da incompatibilidade entre o teor dessa mesma prova e a sentença condenatória irrecorrível" (Rev. n. 293.400-1 — Americana, 1º Gr. Câm. TACrim, j. 10-10-96). Enfim, *decisão contrária à evidência dos autos* "só se verifica quando o decreto condenatório não esteja amparado em nenhum elemento de convicção dos autos, em total afronta às provas colhidas, representando uma verdadeira distorção da função judicante" (Rev. n. 315.244-3 – Capital, 2º Gr. Câm. TACrim, j. 3-2-98).

Ademais, "em sede de revisão, o ônus da prova fica invertido, tocando ao peticionário a demonstração cabal de suas alegações, motivo pelo qual não se admite o reexame puro e simples da prova já discutida no processo originário" (*RJDTACrim*, *2*:419, rel. Émeric Levai).

Não se deve admitir a revisão se o peticionário quer apenas uma terceira instância no julgamento de seu caso, para discutir novamente a mesma prova, sem, entretanto, apontar qualquer contrariedade da decisão revidenda à prova existente. Valendo-nos de ensinamentos de NILO BATISTA (*Decisões criminais comentadas*, p. 120, RJ, 1976), caberia indagar: qual a prova que, amparando o pedido de revisão, seria oponível àquelas em que se baseou a decisão? Muitas vezes não o diz o peticionário.

Como lembrou ARY FRANCO, é a condenação contrária à evidência dos autos "quando a decisão não tiver qualquer base na prova dos autos" (*Código de Processo Penal*, vol. 3, nota ao art. 621, ed. Forense, 1960). Para NORONHA, "é contra a *evidência dos autos* a sentença que, ao arrepio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena. Não assim a que se apóie na versão *predominante*, o que está de acordo com o livre convencimento do julgador. É contra a *evidência* dos autos a sentença que se divorcia de todos os elementos probatórios" (*Curso de Direito Processual Penal*, n. 212, p. 376, ed. Saraiva, 1972; no mesmo sentido, cf. *RTJ*, *99*:35 e 47).

Na via revisional, o próprio princípio da dúvida não mais favorece o interessado (*RT*, *667*:292), pois não é a revisão a sede adequada para argüir insuficiência de provas (STJ, 6ª T., REsp n. 8990208-SP, rel. Min. W. Patterson, j. 11-9-90, v.u.)[88].

1103. Revisão — contrariedade a texto de lei

Um dos fundamentos de admissibilidade da revisão consiste no fato de ter sido a decisão a ser revisa *contrária ao texto expresso da lei penal* (CPP, art. 621, I, primeira figura).

Apesar de invocar contrariedade à lei como espeque para o pedido, não raro a inicial da revisão não apresenta argüição alguma no sentido de que a decisão condenatória tivesse contrariado texto expresso de lei. Nesse caso, o pedido não é viável.

---

88. Em sentido contrário, *v. RJDTACrim*, *1*:228; *RT*, *711*:324.

Mas, quando em revisão criminal se pretende nova qualificação jurídica de fatos certos, o fundamento jurídico será o de que a decisão revidenda contraria texto expresso da lei penal (cf. *RTJ*, *99*:35, e, especialmente, p. 48). Assim, por exemplo, pode-se pretender em revisão a desclassificação de crime consumado para tentado. Entretanto, se para chegar à conclusão de que houve crime consumado e não tentado, o acórdão a ser revisto filiou-se a um posicionamento jurisprudencial em matéria na qual existam entendimentos divergentes, não se pode dizer só por isso que tenha pura e simplesmente violado texto expresso de lei penal. Terá feito o enquadramento dos fatos na figura do crime consumado (conseqüência jurídica), à vista da discussão da prova (situação de fato); no caso, não teria havido necessariamente contrariedade a texto expresso de lei e sim válido fenômeno interpretativo.

Em perfeita síntese, MAGALHÃES NORONHA anotou: "contrária ao texto expresso da lei é a sentença que nega sua existência ou realidade, ou não o aplica consoante a própria lei estabelece. Tal não ocorre com a interpretação, desde que ela, com desprezo das regras indeclináveis de hermenêutica, não leve àquele resultado" (*Curso de Direito Processual Penal*, n. 212, p. 376, ed. Saraiva, 1972; no mesmo sentido, *RTJ*, *99*:35). Ou, na lição de ESPÍNOLA, que invoca BENTO DE FARIA, não se ajusta ao conceito de contrariedade a expresso texto de lei "a simples interpretação, salvo quando por absurdeza e violência importe no efeito acima referido" (*Código de Processo Penal brasileiro*, n. 1.285, ed. Rio, 1976).

Meras variações de posição jurisprudencial em questões jurídicas controversas não são motivo legal que enseje a revisão, pois não se admite revisão criminal em virtude de mudança de posição do tribunal em questões jurisprudenciais controvertidas (*RTJ*, *99*:35, *98*:578, *97*:77 e *86*:988). Ou, ainda, "a revisão criminal, efetivamente, não é o meio adequado para a substituição de uma tese por outra, máxime se o Juiz adotou tese defensável e razoável, pois tal levaria a uma perene incerteza sobre as manifestações do Judiciário" (*RJDTACrim*, *9*:268, rel. Ciro Campos).

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "somente a patente ilegalidade, fruto de aberrante interpretação, pode ser declarada adversa e inconciliável com o texto expresso da regra legal. Jamais uma orientação esposada por doutrinadores e por corrente jurisprudencial pode ser taxada de colidente e afrontosa a texto expresso da lei penal" (*RTJ*, *99*:43). Ou, como ficou aprovado no III Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo, "só inteligência que se não possa forrar à crítica de manifesta ilegalidade, em revisão há de ser declarada adversa ao texto expresso da lei penal".

1104. Revisão — finalidade

Do modo como foi posta a causa de pedir neste feito, "descabe tomar conhecimento da revisão. Isto porque, conforme se tem entendido de forma reiterada neste Colendo Grupo, a revisão criminal não serve para pleitear benefícios decorrentes de interpretações diversas da legislação. Na verdade, o escopo da revisão criminal é evitar o *erro judiciário*, e não buscar interpretações favoráveis" (Rev. n. 185.276 e 233.144, 1º Gr. Câm. TACrim).

1105. Revisão — descabimento de revisão de revisão sem novas provas

Não raro o sentenciado requer uma revisão, alegando contrariedade da decisão condenatória à prova dos autos, e, depois de tê-la julgada improcedente, vem novamente a ajuizar outro pedido de revisão, com o mesmo objeto.

Não cabe, porém, mera reiteração de pedido de revisão, para reapreciação da mesma prova, sem que o peticionário baseie sua mais recente inconformidade em nova prova. Com efeito, assim tem entendido a jurisprudência: "Revisão — Reiteração do pedido com o mesmo fundamento de revisão anteriormente julgada — Indeferimento — Inteligência do art. 621 do CPP. A revisão é um recurso reparatório, destinado a corrigir o erro de uma condenação injusta e reabilitar o condenado ou sua

memória, desde que presentes as hipóteses do art. 621 do CPP" (*RJDTACrim*, *3*:230). Ou ainda: "Revisão — Reiteração do pedido, não fundado em novas provas — Inadmissibilidade — Inteligência dos arts. 621 e 622 do CPP. Na revisão inverte-se o ônus da prova, tocando ao peticionário o encargo de comprovar suas alegações, de maneira cabal, sabido que o destino constitucional da presente ação é redimir eventual erro judiciário, ou reparar injustiça, e jamais ser utilizada como segunda apelação ou nova revisão, mas sem ajustar-se à moldura do permissivo legal" (*RJDTACrim*, *6*:252).

1106. Revisão — ausência de provas novas

Segundo o art. 621, III, do Cód. de Processo Penal, admite-se seja ajuizada revisão quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

ESPÍNOLA, com razão, adverte que não teria sentido que o sistema processual penal permitisse manter um erro judiciário, mesmo após apurar-se a existência de circunstância antes desconhecida (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, n. 1.287).

Como adverte DAMÁSIO E. DE JESUS, "nota-se a preocupação da lei, retratada pela doutrina, em evitar que provas produzidas fora do contraditório, embora sem nenhum amparo no conjunto probatório dos autos principais, venham a constituir fundamento de absolvição. É a orientação dominante em nossos Tribunais" (*Questões Criminais*, p. 381, ed. Saraiva, 1981). E, tratando-se de revisão criminal, inverte-se o ônus da prova, e agora passa a caber ao peticionário trazer prova, acima de dúvida, de sua inocência ou de circunstância que enseje a diminuição especial da pena (*RT*, *393*:136).

Já tem decidido o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo não ser a revisão o instrumento processual adequado para que o peticionário *produza* nova prova, e sim é *pressuposto* da revisão que *exista a nova prova*: "Revisão — Indicação de nova

testemunha para prova — Ausência de prévia justificação — Inadmissibilidade — Não conhecimento. O pedido revisional não admite a indicação de nova testemunha para prova do alegado, o que deverá ser feito em prévia justificação" (*RJDTACrim*, *7*:241, rel. Gomes de Amorim).

Cumpre, pois, ao peticionário fazer a prova *antes* de ajuizar a revisão criminal. Na revisão não se admite a reabertura da instrução nem a produção de provas (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, art. 622, ed. Saraiva, 1991; *RJDTACrim*, 7:241; *RT, 622*:261; *JTACrim*, *46*:52).

1107. Revisão — recusa de defensor dativo em arrazoar revisão — *v.* tb.

Lei n. 7.891/89 (defesa dativa), p. 568.

Já tivemos ocasião de apreciar casos em que réus condenados, cumprindo pena na Penitenciária do Estado, solicitam aos tribunais a nomeação de defensor dativo para que seja por estes requerida em seu favor a revisão criminal.

Atendido seu reclamo, o defensor dativo algumas vezes, por mais que se esforce, não vislumbra fundamento para pedir a revisão do caso. O que fazer?

Nesses casos, não se há de censurar a posição do defensor. É-lhe lícito recusar, *com justo motivo*, a prestação de assistência judiciária (art. 34, XII, da Lei n. 8.906/94); ora, não é ele obrigado a sustentar tese que entenda inadmissível, diante da liberdade que a lei lhe assegura para exercer seu *munus* (arts. 7º, I, e 31, § 1º, da Lei n. 8.906/94), nem há de ser obrigado a sustentar tese que entenda absurda, o que, sobre em nada beneficiar o defendido, só contribuiria para o desprestígio da advocacia (art. 31 da Lei n. 8.906/94).

Nesse caso, ainda restaria ao tribunal a possibilidade de conhecer diretamente da revisão, na forma do art. 623 do Cód. de Processo Penal, que permite ao peticionário requeira diretamente a revisão, dispositivo que se tem considerado recepcio-

nado pela nova ordem constitucional (*RTJ*, *146*:49-STF Pleno; *RT*, *698*:325-TJSP).

1108. Revisão — desaparecimento do objeto

"Revisão criminal. Se, em face do disposto no *caput* do art. 621 do CPP, é pressuposto da revisão criminal que a sentença tenha transitado em julgado, acolhida, no julgamento da revisão criminal, a preliminar da nulidade do trânsito em julgado da decisão revisanda por falta de intimação, deixou de existir aquele pressuposto, razão por que, corretamente, não se prosseguiu no julgamento da revisão criminal, para examinar-se o seu mérito relativo à apenação" (*HC* n. 65.354-RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 18-12-87, v.u., STF Pleno, *DJU*, 15-4-88, p. 8.397).

1109. Revisão — indenização cível

Admite o art. 630 do Cód. de Processo Penal que o tribunal, se o autor do pedido de revisão o requerer, reconheça o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Conforme anotou FREDERICO MARQUES, "quando o condenado pede e requer a reparação do erro judiciário, concomitantemente com a revisão, registra-se cumulação de ações em *simultaneus processus*: juntamente com a ação penal constitutiva, consubstanciada no pedido de revisão, a ação condenatória civil de indenização pelos prejuízos sofridos. Há, assim, cumulação condicionada, na qual se verifica a existência de ação complementar, cuja procedência depende do primeiro pedido, pois se a revisão for declarada improcedente, o condenado será carecedor da indenização pleiteada" (*Elementos de direito processual penal*, vol. IV, p. 337, Ed. Bookseller, 1997).

Não obstante essa possibilidade de cumulação de ações, nem sempre é possível fixar o valor da indenização nos autos da própria revisão. No tocante à norma do art. 630 do Cód. de Processo Penal, "este pedido implica em cumulação de ações, a revisão criminal e outra de natureza cível, tendente a compor os danos sofridos pelo ora peticionário, a segunda, na dependência

de acolhimento da primeira. Contudo, não é de se fixá-la aqui. Afinal, não se pode condenar a Fazenda Pública, que deveria responder pela obrigação, sem que ela tenha sido chamada ao processo, para defender-se. Caberia discutir, por exemplo, a eventual incidência de hipótese excludente do direito, na forma do segundo parágrafo do mencionado art. 630. O procedimento desta demanda cível, no bojo do processo de revisão criminal, implica em iniciativa privada quanto àquela, que não pode ser substituída pelo impulso oficial. Portanto, incumbia ao ora peticionário o pedido de citação da Fazenda Estadual, o que não se realizou. Assim, impossível, declarar-se, desde já, o direito à indenização pretendida. Contudo, isso não implica em perda para o peticionário, uma vez que a pretensão pode ser deduzida diretamente no juízo cível, em face do deferimento desta revisão criminal" (Rev. n. 308.162-0-Suzano, TACrim).

Revisão – impedimento do Juiz

1110. Revisão — impedimento do Juiz — impedimento do Procurador de Justiça — *v.* tb.

Juiz, p. 548.

Revisão, p. 741.

Podem o Juiz ou o Procurador de Justiça que oficiaram no julgamento da decisão a ser revista, oficiar na revisão criminal?

O Cód. de Processo Penal aponta o impedimento do Juiz que funcionou como tal em "outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão" (art. 252, III). É também análoga a solução do Cód. de Processo Civil, cujo art. 134, III, torna defeso ao Juiz exercer suas funções no processo "que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão". Acrescente-se que, no processo penal, estendem-se aos membros do Ministério Público, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes (CPP, art. 258), solução também semelhante ao do processo civil (CPC, art. 138, I).

Mais diretamente enfrentando a questão que acima nos propusemos, tem-se entendido inexistir impedimento, pois a revisão criminal não é *outra instância* do julgamento da causa, o que geraria o impedimento (art. 252, III, CPP). Apenas o Juiz que funcionou no julgamento da decisão a ser revista não pode funcionar como *relator*, mas pode participar do julgamento da revisão (art. 625 CPP).

Verdade é que a ação rescisória ou a revisão criminal não são um novo grau de jurisdição do mesmo pedido, mas uma outra ação. E, por esse motivo, consoante a Súm. n. 252 – STF, "na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo". Por isso, manifestando-se a esse propósito, salientou ARRUDA ALVIM que "o impedimento se circunscreve ao mesmo processo" (*Código de Processo Civil Comentado*, v. VI, p. 45, ed. Rev. dos Tribunais, 1981), em lição compatível com a de PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 401, ed. Forense, 1974).

O máximo que se pode dizer é que, por razões psicológicas, *sempre que possível*, deve-se evitar que funcionem na rescisória Juiz que tenha participado do julgamento rescindendo ou Procurador de Justiça que já tinha emitido parecer sobre a causa antes da decisão a ser revista. E isso se dá precisamente pelos mesmos motivos que tornaram desaconselhável que o magistrado, que já decidiu a causa anteriormente, viesse a apreciar seu próprio ato em segundo grau de jurisdição. Tendo este já emitido juízo sobre as questões de fato e de direito que estarão sendo julgadas na nova ação, seu comprometimento pelo menos psicológico com sua própria posição já assumida passa a ser maior do que o desejável, em prejuízo da própria garantia da imparcialidade.

A doutrina bem captou essa conveniência, tanto que CELSO AGRÍCOLA BARBI aponta, a nosso ver com razão, deva ser aplicado o mesmo princípio do art. 134, III, do Cód. de Processo Civil, ao julgamento das ações rescisórias (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 551, n. 721, ed. Forense, 1981), princípio

este que certamente está a merecer exceção nos casos em que não seja possível compor o colegiado julgador da ação rescisória se se excluírem os juízes que participaram do julgamento a ser revisto.

Contudo, não se pode falar haja um impedimento legal. Ao contrário: a lei expressamente admite possa participar do julgamento da revisão criminal Juiz que tenha participado do julgado revisto; apenas não poderá oficiar como *relator* (art. 625 do CPP).

Rito processual

1111. Rito processual — uso de rito de menor dilação — quando há nulidade — *v.* tb.

Nulidades, p. 667.

O rito processual é matéria de ordem pública, por dizer respeito com os interesses de regular distribuição da Justiça; por isso, em regra não podem as partes alterá-lo, mormente quando isso importe em suprimir fases do processo penal ou reduzir prazos da lei.

Entretanto, nem sempre a nulidade há de ser declarada, especialmente quando não haja efetivo prejuízo.

Assim, por exemplo, se o réu está sendo processado por furto, isso impõe que seja seguido o rito de processo por crime apenado com reclusão (arts. 395 e s. e 498 e s. do CPP), ao contrário do processo por crime apenado com detenção (art. 539 do CPP). No entanto, vez ou outra se verifica que, terminada a colheita da prova oral, em vez de o Juiz mandar os autos a cartório, para as fases dos arts. 499 e 500 do Cód. de Processo Penal (requerimento de diligências e alegações finais), resolve, sem protesto das partes, colher no próprio termo de audiência a manifestação final de acusação e defesa, para, a seguir, sentenciar o feito.

Em princípio isso gera nulidade. Com efeito, tem-se entendido que o rito processual mais amplo, por dizer respeito à plenitude de defesa, não pode ser objeto de transação das partes. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que "a adoção do procedimento especial de rito sumário ao invés do procedimento comum do juízo singular, cabível no caso, ainda que com o consenso das partes, importa restrição inaceitável ao direito de defesa, assegurado em lei e causa de nulidade absoluta do processo" (*RT*, *579*:443).

Com esse entendimento — de resto correto, aliás —, quer-se evitar que as partes escolham um rito de menores prazos, de menor dilação probatória, de menor amplitude de defesa, em lugar do rito mais dilatado, que a lei teve por bem assegurar para outras hipóteses, normalmente em vista de sua maior gravidade. Assim, por exemplo, seria nulidade absoluta processar um crime de júri como se fosse uma infração de menor potencial ofensivo, ou processar um crime de roubo como se fosse mera contravenção penal.

Entretanto, se no caso concreto, não foi suprimida nenhuma fase processual, nem foi suprimido qualquer prazo, nem foi causado qualquer gravame às partes, não há de ser reconhecida qualquer nulidade.

No exemplo que acima propusemos, encerrada a produção da prova oral no processo por furto (apenado com reclusão), cumpria passar-se à fase das diligências e alegações finais (arts. 499 e 500 do CPP). Por certo que, para as primeiras, teriam as partes 24 horas para falar; e para as segundas, mais três dias. Ora, se nada tiveram em concreto para requerer, e se de plano julgaram-se habilitadas para discutir o mérito da causa, não se vê prejuízo. Caso tivessem diligências concretas a requerer, ou mesmo se tivessem dúvida sobre se conviria ou não requerer diligências, deveriam protestar pelo prazo, e por certo a fase do art. 499 do Cód. de Processo Penal não poderia ser suprimida, sob pena, aí sim, de nulidade. Contudo, se longe de protestarem pelo prazo, as partes não só aceitaram manifestar-se, como ex-

pressamente o fizeram e nada requereram ou protestaram, incurial seria reconhecer-se uma nulidade sem a mínima demonstração de prejuízo.

Embora o prazo máximo para manifestação não tivesse sido consumido, nada obstava a que as partes se manifestassem *antes de esperarem o decurso total do prazo*, o que leva à chamada preclusão consumativa, de forma que não podem as partes vir, subseqüentemente, a queixar-se de supressão da fase ou do prazo. O mero fato de o terem feito *no corpo da assentada da audiência* é mera irregularidade que, por si própria, reflexo algum terá na validade do ato processual.

Ademais, se requerimento algum de diligência foi feito, e se nulidade alguma foi objetada a respeito na discussão final da causal, e se prejuízo algum ficou demonstrado em concreto (como se uma diligência não tivesse sido realizada, apesar de sua necessidade ter decorrido da instrução), então não haverá motivo para nulificar atos processuais que atingiram seu escopo e nenhum dano processual ou material causaram[89].

Roubo

1112. Roubo — *v.*

Art. 157 do CP, p. 203.

Segurança nacional

1113. Segurança nacional — crime

"Ementa: Crime contra a segurança nacional. Armamento militar fabricado para exportação com autorização da autoridade federal competente. Extravio que não caracteriza crime contra a segurança nacional por inexistência do elemento subjetivo con-

89. Em hipótese como esta, acolhendo nosso parecer, decidiu o TACrimSP na Rev. n. 314.878-6 – Estrela D'Oeste, rel. Souza Nery, j. 1998.

substanciado na motivação política. Crime político: configura-se somente quando presentes os pressupostos cristalizados no art. 2º da Lei n. 7.170/83: a motivação política e a lesão real ou potencial aos bens juridicamente tutelados. Falsidade ideológica: falta de consistência; crime-meio: absorção pelo crime-fim não político. Incompetência da Justiça Federal porquanto não tipificado o crime político. Trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. 1. Subsume-se inconcebível a configuração de crime contra a segurança nacional e a ordem política e social quando ausente o elemento subjetivo que se traduz no dolo específico: motivação política e objetivos do agente. 2. É de repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a soberania nacional e a estrutura política brasileira. 3. O disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 7.170/83 só pode ser compreendido com o elastério que lhe dá o art. 1º, complementado pelo art. 2º da mesma Lei. 4. Não se vislumbrando qualificação de crime de natureza política, ante os fatos pelos quais os pacientes foram acusados e que se resumem no extravio de material bélico fabricado exclusivamente para exportação, denota-se implicitamente contrariedade ao art. 109, IV, da Constituição Federal. 5. Ainda que admitido o crime de falsidade ideológica pelo pedido, à autoridade competente, para exportar material bélico a país diverso do real destinatário, seria o caso de absorção do crime-meio pelo crime-fim, que não é de natureza política. 6. *Habeas-corpus* deferido" (*HC* n. 73.451-RJ, rel. Min. Maurício Correa, *DJU*, 6-6-97, p. 24.868, j. 8-4-97, 2ª T. STF, v.u.; *v.* tb. *RTJ*, *127*:98, *70*:607).

Sentença – motivação

1114. Sentença — motivação — *v.*

Absolvição – fundamento, p. 35.

Erro na sentença, p. 498.

Pena – individualização, p. 686.

Recursos, p. 722.

Regime da pena, p. 730.

Sentença – motivação, p. 755.

Sentença – relatório, p. 760.

1115. Sentença — motivação — argumento não enfrentado — quando não há nulidade

A Constituição exige que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas (CF, art. 93, IX).

Ora, "a lei exige que as decisões do juiz sejam fundamentadas, para se poder apreciar se o juiz julgou com pleno conhecimento de causa, e se formou a sua convicção por motivos legítimos, e não de puro arbítrio, para esclarecer as partes, a fim de elas resolverem em presença das razões do julgado, se lhes convém ou não interpor recurso, e para os tribunais superiores reconhecerem, se lá lhes chegar a causa, das razões da decisão recorrida. (...) A obrigação de fundamentar as sentenças não só é útil aos litigantes, que ficam mais tranqüilos quando os juízes os convencem, não com o peso da sua autoridade, mas com a força das suas razões, da injustiça das pretensões, mas é estímulo forte para obrigar os juízes a estudarem detidamente o processo e o direito aplicável" (DIAS FERREIRA, *Código de Processo Civil anotado*, v. 1, nota aos arts. 95 e 95, ed. 1887, cit. por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. 4, nota 751, p. 56, ed. Rio, 1976).

Em vista disso, há diversos precedentes jurisprudenciais que entendem ser nula a sentença que deixa de apreciar tese razoável objetada pela defesa.

Se isso é verdade, não menos certo é que, contudo, não tem a sentença que discutir cada *argumento* da parte, mesmo aqueles que não sejam pressuposto para o *decisum*, ou aqueles despropositados ou que não tenham qualquer relação com o *decisum*, ou ainda que estejam prejudicados pela admissão de uma tese com eles incompatível. Assim, conquanto não tenha o jul-

gador esgotado todos os argumentos desenvolvidos pela acusação ou pela defesa, não pode sua sentença só por isso ser inquinada de nulidade (*RTJ*, *73*:220), mesmo porque isso não lhe seria exigível (*JSTF*, *57*:337). A sentença pode e até deve ser sintética, "pois concisão não é sinônimo de ausência de motivação, nem prolixidade é penhor de fundamentação" (*RJDTACrim*, *5*:171, rel. Correa de Moraes). Por isso "o Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos" (*RJTJSP*, *115*:207; no mesmo sentido, Emb. Decl. no Agr. Reg. em Ped. Seq. n. 12.142-0 e n. 12.388-0, julgados em 5-6-91, v.u., TJSP-Pleno, rel. Des. Aniceto Aliende). Em outro precedente, anotou-se que, "como lembrado por Marconi-Marongiu, *o Juiz não tem a obrigação de mencionar e refutar a argumentação deduzida pelas partes contra a tese que a sentença acolhe, quando tenha exposto as razões aptas a justificá-la. Tanto melhor se a justificação é deduzida com a desejável concisão*" (*RJTJSP*, *138*:449, rel. Des. Dante Busana).

Nessa linha, é de BASILEU GARCIA o ensinamento de que "não necessitará (o sentenciante), ao justificar sua convicção, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes do processo. Muitas serão de improcedência manifesta e seria levar longe demais o cumprimento de dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências. Do seu bom-senso espera-se que selecione, para discutir, o que infunda impressão de verossimilhança, ou mesmo que não infunda o que se entremostre de certo relevo para o procurado desfecho" (*Comentários ao Código de Processo Penal*, v. 3, p. 476, 1945).

No mesmo sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que "a sentença deve analisar as teses da defesa, a fim de a prestação jurisdicional ser exaustiva. Urge, todavia, ponderar: se o julgado encerra conclusão inconciliável com a referida tese, desnecessário fazê-lo expressamente. A sentença precisa ser lida

como discurso lógico. Não há espaço para itens supérfluos" (REsp n. 0047474/94-RS, 6ª T., *DJU*, 24-10-94, p. 28.790).

1116. Sentença — motivação — argumento não enfrentado — quando há nulidade

Embora não esteja a sentença adstrita a responder um a um cada argumento das partes, até mesmo argumentos secundários ou implicitamente recusados pelo acolhimento de tese com eles incompatíveis, em contrapartida a sentença não pode forrar-se do dever de enfrentar as principais questões de fato e de direito, sejam aquelas colocadas pelas partes, seja aquelas atinentes às condições da ação e aos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, ainda que, nestes dois últimos casos, sequer aventadas pelas próprias partes.

Não se compadece, porém, do devido processo legal a sentença que faz *tabula rasa* das principais teses defensórias. Pior do que ter o réu ficado indefeso é ter sua defesa *ignorada* justamente por aquele que deveria ser guardião de sua liberdade (nesse sentido, Ap. 791.389-8, Capital, 10ª Câm., TACrim, rel. José Santana, j. 23-6-93).

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já assentou que, "ainda que seja admitido que, no relatório, o magistrado sentenciante mencione de forma sucinta as razões de acusação e de defesa, na fundamentação deve abordar as questões relevantes trazidas pelas partes, enfrentando as matérias alegadas e discutidas. Ignorá-las, relegá-las ao omisso, constitui indubitável cerceamento de defesa e implica nulidade por ausência de consideração do exame dos pontos debatidos" (*RT*, *578*:349).

Por isso que o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo entendeu nula a sentença que deixara de apreciar os pontos fundamentais da pretensão ajuizada: "A sentença, sob pena de nulidade, deverá ser completa, enfocando toda a matéria a reclamar decisão, sendo vedado à superior instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, decidir questões não apre-

ciadas em primeira instância, perante a qual foram anteriormente propostas" (*RJDTACrim*, *5*:223, rel. Lourenço Filho).

Noutro julgamento, a mesma Corte afirmou que "o acusado, em processo penal, tem o direito de ver apreciada toda sua defesa. Tanto lhe garante a Constituição Federal, ao assegurar a aplicação real dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O processo penal não é apenas um meio para se alcançar a condenação do acusado de violação de normas incriminadoras, mas, de maneira muito mais expressiva, instrumento de garantia da liberdade ambulatória do acusado e das liberdades democráticas asseguradas através do primeiro diploma legal vigente. As decisões judiciais não podem se omitir de apreciar parte dos argumentos defensivos, sob pena de cair em intolerável arbítrio, reduzida a nada a garantia inserta na Constituição" (*RJDTACrim*, *8*:144, rel. Marrey Neto).

Afinal, "a sentença não é ato de puro arbítrio. O Juiz está adstrito a cânones jurídicos e à prova. Daí a necessidade de explicar as razões que o levaram a concluir desta ou daquela maneira" (*RJDTACrim*, *8*:162, rel. Gonçalves Nogueira).

1117. Sentença — motivação — acórdão que se reporta à fundamentação da sentença — validade

"Recurso extraordinário. Acórdão recorrido que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau. Alegada violação aos arts. 93, IX, da CF/88 e 23, § 6º, da EC n. 1/69. Prequestionamento. Não se pode dizer não fundamentado o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeira instância, incorporados como razão de decidir e, por isso, a confirma. Ademais, a regra do art. 93, IX, da Constituição, não permite que se declare anulável a decisão de segunda instância que confirma a da primeira, pelos seus fundamentos. A alegação de violação ao art. 23, § 6º, da Carta anterior ficou sem prequestionamento no aresto recorrido (Súm. n. 282 e 356). Com efeito, se nada mais fez o julgado senão adotar os fundamentos da sentença, cabia à recorrente, primeiramente, opor embargos de decla-

ração com vistas a obter o pronunciamento do Tribunal sobre o aspecto constitucional nela implícito, para, só depois, suscitá-lo na instância recursal extraordinária. Recurso extraordinário não conhecido" (RE n. 179.557, rel. Min. Ilmar Galvão, *Informativo STF*, 99, 19-2-98).

1118. Sentença — motivação — acórdão que se reporta ao parecer da Procuradoria-Geral de Justiça — validade

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, "o acórdão que adota, como razão de decidir, os fundamentos de parecer oferecido pelo Ministério Público na qualidade de *custos legis*, não ofende o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal (*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*)" (*HC* n. 69.002-SC, *RTJ*, *141*:185; *HC* n. 70.607-SC, *RTJ*, *153*:89; *HC* n. 76.976-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 9-6-98; *Informativo STF*, 114).

"Não se encontra desfundamentada a decisão que adota a manifestação do Ministério Público apresentada como *custos legis*. Jurisprudência da Corte. Ordem denegada" (*HC* n. 76.976-9, rel. Min. Ilmar Galvão, *Informativo STF*, 117).

Sentença – relatório

1119. Sentença — relatório — quando é dispensável e quando é necessário — *v.* tb.

Sentença – motivação, p. 758.

No caso das infrações penais de que cuida a Lei n. 9.099/95, a própria Lei dos Juizados Especiais Criminais permite a dispensa de relatório (art. 81, § 3º), embora isso não a dispense do dever de fundamentação (CF, art. 93, IX).

Fora desse caso, o relatório é exigência do art. 381, I e II, do Cód. de Processo Penal, e sua falta acarreta nulidade da sentença, se houver prejuízo à parte (*RTJ*, *60*:405).

Não raro, por omissões no relatório, a sentença sequer aprecia tese da acusação ou da defesa, o que poderá levar à sua nulidade (*RT*, *608*:317, *418*:64 e *400*:79).

Sigilo – informações sigilosas

1120. Sigilo — informações sigilosas — sigilo profissional — requisições — *v.* tb.[90]

Depoimento, p. 482.

A legislação infraconstitucional estabelece que o Ministério Público terá acesso mesmo à informação sigilosa (LC federal n. 75/93, art. 8º, §§ 1º e 2º; Lei federal n. 8.625/93, art. 26, § 2º). Ainda que haja dispositivos legais que imponham o sigilo (*v.g.*, a Lei da Reforma Bancária (Lei n. 4.595/64, art. 38) e o Cód. de Processo Civil (feitos que correm em segredo de justiça, como os de família — art. 155 do CPC), o membro do Ministério Público terá acesso à informação, exceto se se tratar de sigilo cuja quebra a Constituição só admita sob autorização judicial, como no sigilo das comunicações telefônicas (CR, art. 5º, XII). Mas, nesses casos em que o membro ministerial tenha acesso a informação sigilosa, a ele caberá zelar pelo seu uso lícito e pela preservação do caráter sigiloso da informação recebida. A Lei Complementar n. 75/93 assegura a responsabilização civil e criminal do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação que requisitar (art. 8º, § 1º). Tratase de solução adequada, porque não só garante o acesso à informação, ainda que sigilosa, como ainda torna o membro do Ministério Público responsável pela preservação ou correto uso da informação.

Assim, a informação, ainda que sigilosa, deverá ser fornecida ao membro do Ministério Público que tenha atribuições

---

90. Para uma discussão em profundidade sobre o sigilo e o poder de requisição do Ministério Público, mesmo em matérias sigilosas (sigilo profissional, informações bancárias, fiscais, eleitorais, médicas etc.), *v.* nosso *O inquérito civil*, ed. Saraiva, 1999.

para requisitá-la, por força da disciplina da Lei Complementar n. 75/93. Não mais é possível objetar ao Ministério Público o sigilo bancário, o sigilo em matéria de família e em outras questões análogas; nem mesmo se lhe poderá exigir, nesses casos, requeira o acesso à informação por meio do Poder Judiciário, salvo numa exceção: o acesso a dados sigilosos não alcança informações para cujo acesso a própria Constituição tenha exigido ordem judicial, óbice este que a lei complementar federal obviamente não poderia contornar (CF, art. 5º, XII).

Nessa conformidade, assim já se decidiu: "O art. 8º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 75/93, confere ao Ministério Público o acesso a informes bancários, atribuindo-lhe, porém, o dever legal de utilizar os dados obtidos, apenas, para os fins a que se destinam. Assim, não há que se falar em violação à intimidade e à vida privada, pois que está resguardado o caráter sigiloso das informações, garantindo-se, inclusive, a responsabilização civil e penal do órgão do Ministério Público, no caso de uso indevido das informações requeridas" (*HC* n. 96.02.98460-9/RJ, rel. des. Chalu Barbosa, j. 19-6-97, 1ª T. do TRF 2ª Reg. v.u., *DJU*, 19-6-97, p. 45.735).

Silêncio do réu

1121. Silêncio do réu — *v.*

Art. 186 do CPP, p. 264.

Silvícola

1122. Silvícola — imputabilidade — *v.* tb.

Art. 26 do CP, p. 73.

Imputabilidade, p. 530.

O fato de ser o agente um silvícola, por si só, não é suficiente para excluir a imputabilidade penal; se estiver adaptado ao meio civilizado, restará à prova pericial determinar se tem

condições de imputabilidade, nos termos do art. 26 e seu parágrafo, do Cód. Penal (*RTJ*, *120*:206; *RT*, *621*:339, *614*:393-STF, *544*:390, *275*:328).

1123. Silvícola — competência — *v.* tb.

Competência, p. 407.

"Compete à Justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima" (Súm. n. 140 – STJ).

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem entendido ser a competência da Justiça Federal, pois entre os "direitos indígenas" a que se refere o art. 109, IX, da Constituição, estão não só os direitos da comunidade indígena como um todo, mas também os direitos individuais de seus integrantes, como aquele atinente à vida (*HC* n. 71.835-MS, rel. Min. Francisco Rezek, *DJU*, 22-11-96, p. 45.687; RECr. n. 192.473-RR, j. 4-2-97, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., m.v., *Informativo STF*, 59).

Simpatia

1124. Simpatia — influência na colheita da prova — *v.* tb.

Esprit de wagon, p. 501.

Prova, p. 717.

Alertando contra os riscos da simpatia na apreciação da prova, bem advertiu ALTAVILLA que o avaliador "deve sufocar a obscura voz da simpatia, esta operação de matemática moral que consiste em integrar uma série infinita de pequenos sentimentos. (...) Qualquer manifestação de sensibilidade traduzir-se-á em sugestão, e tenderá a alterar aquilo que deve ser objetivamente recolhido" (*Psicologia judiciária*, v. 5, n. 17, p. 50, Coimbra, 1960).

Por outro lado, não raro, por ter sido um dos agentes o menos agressivo em relação ao ofendido quando de um crime

violento praticado em concurso de agentes (roubo, seqüestro etc.), pode a vítima, posteriormente, fazer menor carga contra ele quando ouvida em juízo, chegando ao ponto de querer inocentá-lo.

Entretanto, antes de dar um tratamento penal substancialmente diverso para os agentes que, em concurso, cometeram o crime, não é demais ter cautela e considerar que é expediente extremamente conhecido entre os marginais aquele de fazer-se passar um deles pelo mais agressivo e outro pelo mediador, o que é sobretudo útil em casos em que os agentes necessitem um comportamento da vítima para a consecução de seus planos. Nessas condições, um dos agentes faz o papel de quem vai bater ou matar, enquanto outro parlamenta e diz que vai impedir que o companheiro faça mal à vítima... desde que esta colabore, naturalmente.

Mas, mesmo que não se trate disso, as crises de simpatia entre vítima e criminoso não são desconhecidas da psicologia judiciária. Embora sejam mais comuns quanto mais longo é o contato entre ambos, na verdade esse fenômeno pode dar-se até em instantes, desde que se estabeleça, até mesmo informal e sub-repticiamente, uma reconciliação, um acordo, ou um mero vínculo, ainda que fugaz ou aparentemente gratuito, por não ter sido o agente tão mau quanto a vítima poderia supor que ele se comportasse nas circunstâncias.

Sonegação fiscal

1125. Sonegação fiscal — Lei n. 9.430/96 — condição de procedibilidade

Diz o art. 83 da Lei n. 9.430/96 que "a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente".

O dispositivo tem suscitado duas questões básicas: *a)* o crime de sonegação fiscal passou a ser de ação pública condicionada à representação? *b)* a lei instituiu o exaurimento da esfera administrativa como condição de procedibilidade para a ação do crime por sonegação fiscal?

A nosso ver, ambas as indagações devem ser respondidas negativamente.

De um lado, nesse dispositivo legal está claro a nosso ver que a expressão *representação* foi usada no sentido de *fazer-se presente*, não como a representação da vítima, até porque não teria sentido que o Estado-Administração (autoridade fazendária) "representasse" ao Estado-Administração (Ministério Público) para instaurar a ação penal por crime que lesou o patrimônio público, sobre o qual o administrador não tem disponibilidade.

De outro lado, tal dispositivo não está criando uma condição de procedibilidade, subordinada à exaustão da esfera administrativa; está apenas determinando à autoridade administrativa que, depois de concluída a apuração fiscal, e havendo base para tanto, encaminhe os elementos de convicção necessários ao titular da ação penal pública. Nesse sentido, bem observou LUIZ FERNANDO RODRIGUES PINTO JÚNIOR: "quisesse o legislador efetivamente disciplinar o início da ação penal em crimes contra a ordem tributária (fazendo com que a esfera administrativa fosse esgotada para permitir a denúncia), teria criado texto legal próprio, inserindo objetivamente a condição desejada, e ainda abordando, dentre outros assuntos, a suspensão da fluência do prazo prescricional" (*Boletim IBCCrim*, *53*:3).

Por esse motivo, já sob a vigência da atual lei, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, "consoante reiterada orientação pretoriana, não constitui condição de procedibilidade da ação penal por infração de sonegação fiscal, a apuração do débito tributário na instância administrativa" (*DJU*, 2-12-96, p. 47.723). No mesmo sentido, o despacho do Min. relator Néri da Silveira, na ADIn n. 1.571-DF (*Informativo STF*, n. 64, de 17 a 28 de março de 1997). E, na mesma esteira, assim também entendeu o

Superior Tribunal de Justiça (*RHC* n. 5.805-SP, rel. Min. Anselmo Santiago).

Sursis

1126. *Sursis — v.*

Antecedentes, p. 47.

Direitos políticos – sursis, p. 484.

Estrangeiro – sursis, p. 502.

Regime aberto, p. 730.

1127. *Sursis* — distinção entre as formas de *sursis*

Prevê o Cód. Penal três formas de *sursis*: ***a)*** o ***sursis simples*** (que tem como condição obrigatória prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim-de-semana, cf. art. 77); ***b)*** o ***sursis especial*** (em que as condições do *sursis* simples são substituídas por outras, cf. art. 78, § 2º, com a redação dada pela Lei n. 9.268/96); ***c)*** o ***sursis etário ou sanitário*** (para maiores de 70 anos de idade ou cujas razões de saúde justifiquem a suspensão, cf. art. 77, § 2º, com a redação da Lei n. 9.714/98). No caso do *sursis* especial, a suspensão dependerá de ter o condenado reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e, então, poderá o Juiz substituir a exigência de prestação de serviços à comunidade ou a limitação de final de semana por uma ou mais das condições previstas no próprio art. 78, § 2º, do Cód. Penal (com a redação que lhe deu a Lei n. 9.268/96).

Segundo MIRABETE, "para a concessão do *sursis* especial, além de tudo, exige-se que as circunstâncias do art. 59 do Cód. Penal sejam inteiramente favoráveis ao condenado (art. 78, § 2º, do CP). É necessário, pois: que não haja índice de culpabilidade maior; que o condenado tenha bons antecedentes, o que pode deixar de existir se tiver condenação anterior; que sua conduta social não deixe a desejar; que possua bom caráter e índole sociável; que os motivos determinantes do crime não sejam fúteis,

torpes, reprováveis etc. Em suma, a aferição do conjunto da culpabilidade e periculosidade deve ser inteiramente favorável ao condenado para que possa obter ele o benefício do *sursis*" (*Execução penal*, p. 348, ed. Atlas, 1997).

1128. *Sursis* — condições do sursis simples e especial

A jurisprudência tem entendido não ser possível cumular condições do *sursis* simples (art. 78, § 1º, do CP) e do *sursis* especial (art. 78, § 2º, do CP), sob o fundamento de que, se o § 2º do art. 78 do Cód. Penal estatui que a condição do § 1º poderá ver-se substituída pelas do § 2º, logo não poderão ser impostas cumulativamente (*RT*, *694*:398, *683*:299, *674*:316, *671*:341, *632*:292 e *RJDTACrim*, *24*:210, *23*:126, *23*:332, *5*:68).

1129. *Sursis* — sentença que não aprecia seu cabimento — inexistência de nulidade — *v.* tb.

Sursis – sentença omissa (condições), p. 769.

Sursis – sentença que o nega, p. 773.

Se o julgamento comportava *sursis*, e a sentença omitiu-se e deixou de apreciar seu cabimento, havendo recurso de qualquer das partes com suficiente efeito devolutivo, não será caso de nulificar a sentença, e sim de corrigi-la, seja para conceder o benefício, seja para negá-lo, se o réu não tiver direito a ele.

Assim, já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Não acarreta nulidade da sentença o fato de o Magistrado ser omisso quanto à circunstância de o réu merecer, ou não, a suspensão condicional da pena, se há recurso pendente, pois, nesse caso, a correção necessária é possível pela Superior Instância" (*RJDTACrim*, *17*:166; no mesmo sentido, Ap. n. 832.771-3-TACrim).

Também se tem entendido inexistir nulidade da sentença, se deixa para a execução apreciar o cabimento do *sursis*: "*Sursis* — Nulidade de sentença alegada com base na falta de motivação da sentença, no que concerne à concessão ou denegação

do *sursis* — Decisão facultando ao réu, após o trânsito em julgado, demonstrar que faz jus ao benefício — Inteligência do art. 697 do CPP — Eiva repelida — A ausência de motivação da sentença no que concerne à concessão ou denegação do *sursis*, não acarreta a nulidade se o Juiz ou Tribunal entender que naquele momento não existiam condições legais suficientes para se pronunciar a respeito, facultando ao réu demonstrar que faz jus ao benefício após o trânsito em julgado da sentença" (*RJDTACrim*, *5*:190).

Em outro precedente, o Tribunal de Alçada Criminal paulista entendeu ser nula a sentença que concede o *sursis*, sem apreciar antes o cabimento de outros benefícios: "Pena — *Sursis* — Condenação a pena inferior a seis meses — Sentença que fixa *sursis* sem antes cogitar da sua substituição por restritivas de direito — Nulidade — Ocorrência — Em se cuidando de penas privativas de liberdade de curta duração (inferior a seis meses), o Juízo tem o indeclinável dever de sopesar as condições subjetivas e objetivas para constatar a inviabilidade de medidas mais brandas (substituição por multa ou por penas restritivas de direitos) antes de cogitar na suspensão condicional da pena, sob pena de nulidade da sentença" (*RJDTACrim*, *12*:106).

1130. *Sursis* — prestação de serviços à comunidade

Nada impede que a lei suspenda somente a execução da pena corporal, mas imponha o cumprimento de obrigações outras ao sentenciado. Afinal, com a Reforma Penal de 1984, o *sursis* passou a ser espécie de pena, e, de qualquer forma, ainda que fosse considerado apenas sob o aspecto de mera suspensão *condicional* da sanção estatal, nada impediria, ao contrário aliás, que fossem impostas as correspondentes *condições*.

Não se pode censurar a sentença que tenha imposto ao réu a prestação de serviços à comunidade no curso do prazo do *sursis*, se, ao contrário, é a própria lei penal quem o permite; e nada obstaria em tese a que a lei, podendo dispor sobre a pena e seu cumprimento, permitisse fosse suspenso apenas o cumpri-

mento da reclusão ou da detenção, mas impusesse a efetiva e imediata prestação de serviços à comunidade (CP, art. 78, § 1º).

Em que pesem, pois, respeitáveis entendimentos em contrário, nada obsta à imposição de que o réu, beneficiado com suspensão condicional da pena privativa de liberdade, preste serviços à comunidade, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: "*Sursis* — Prestação de serviços à comunidade. O *sursis*, consoante a reforma penal (Lei n. 7.209/84), deixou de ser mero incidente de execução para ser espécie de pena. Nenhuma incompatibilidade há de a prestação de serviços à comunidade ser incluída como condição" (REsp 15.239-SP, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 16-12-91; no mesmo sentido, *RT, 671*:309; *671*:343; *RJDTACrim*, *23*:156).

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "não constitui constrangimento ilegal a imposição de prestação de serviço à comunidade como condição do *sursis*. Precedentes do STF. *Habeas-corpus* indeferido" (*HC* n. 74.234/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 29-10-96, 2ª T. STF, v.u., *DJU*, 13-12-96, p. 50.165).

1131. *Sursis* — prestação de serviços à comunidade — fundamentação da escolha do Magistrado só exigível no sursis especial

"Não está o Magistrado obrigado a fundamentar a escolha da condição que implique em prestação de serviços à comunidade durante o primeiro ano do período de prova. Essa justificação somente se torna necessária quando suceder a aplicação do § 2º do art. 78 do Cód. Penal" (Ap. 1.098.579-7, 12ª Câm. TACrim, j. 17-8-98, v.u., rel. Junqueira Sangirardi).

1132. *Sursis* — sentença omissa sobre as condições do *sursis* — *v.* tb.

Sursis – sentença omissa (cabimento), p. 767.

Sursis – sentença que o nega, p. 773.

Segundo o art. 78 do Cód. Penal, durante o prazo da suspensão condicional da pena, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo Juiz.

E se a sentença conceder o *sursis*, mas não fixar as condições específicas para sua concessão? Por certo que cabem embargos de declaração, e, se rejeitados, até mesmo apelação.

Mas se a sentença transitou em julgado, poderia o Juiz da execução apreciar eventual concessão do *sursis*, ou impor condições especiais para o seu cumprimento, embora não fixadas na sentença?

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, se o Juiz ou o Tribunal não se pronunciam motivadamente sobre a concessão ou denegação do *sursis*, bem como sobre suas condições, não é caso de anular-se a sentença ou o acórdão, mas sim assegurar seja ainda a matéria examinada pelo órgão julgador (*HC* n. 69.857-3-SP, 2ª T. STF, v.u., j. 11-12-92, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 12-2-93, p. 1.453). Assim, mesmo que erroneamente não sejam fixadas condições na sentença, poderão elas ser determinadas pelo Juiz da execução (REsp 99.658-3-4-1-SP, 5ª T. STJ). Sob esse entendimento, e com muito maior razão, portanto, poderão sê-las no acórdão, em sede de apelação.

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o Juiz tem o dever de, na sentença, motivadamente, dizer porque concede ou nega o *sursis*. Caso se omita quanto às condições, nada impede que o Juízo da Execução o faça, declarando como deve cumprir as condições legais e judiciais, o que não implica em *reformatio in pejus* nem ofensa à coisa julgada" (REsp 20.842-0-SP, 5ª T., Min. Assis Toledo, *DJU*, 9-11-92), pois a sentença que concede ou nega a suspensão condicional da pena não faz coisa julgada material.

1133. *Sursis* — réu reincidente — art. 77 do CP — *v.* tb.

Reincidência, p. 733.

Segundo DAMÁSIO E. DE JESUS, não se obsta a que receba *sursis* o reincidente, que cometeu um crime doloso e outro posterior culposo, nem na hipótese inversa (*Código Penal anotado*, nota ao art. 77, ed. Saraiva, 1991).

1134. *Sursis* — a fixação do prazo do sursis deve também levar em conta a gravidade do crime

"O prazo do período probatório do *sursis* deverá observar sempre certa relação para com o delito e a pena cuja execução seja previamente protelada: quanto mais longa a pena respectiva, maior poderá ser também o período de prova" (*JTACrim*, *77*:306, *69*:316).

A partir dessa constatação, aliás, incontroversa, entendem alguns que se deva estabelecer um critério de proporcionalidade aritmética entre as penas e o prazo do *sursis*. Assim, se o *sursis* só poderá ser concedido em caso de penas privativas de liberdade não superiores a 2 anos, e se consistirá em suspensão de 2 a 4 anos, o período máximo de suspensão (4 anos) seria sempre usado em todas as penas mais graves que admitam o *sursis* (penas de 2 anos). E, em conseqüência, o período mínimo de suspensão da pena (2 anos) seria sempre imposto para as menores penas passíveis de suspensão (até 1 ano), e o período médio de suspensão (3 anos) seria imposto automaticamente para as penas intermediárias que admitam *sursis* (penas superiores a 1 ano e menores do que 2 anos).

Esse critério, de mera proporcionalidade aritmética, embora possa ser mais atraente à primeira vista, não parece decorrer irrefutavelmente da *mens legis*. E isso porque, se fosse ele correto, não haveria razão para que o legislador tivesse imposto o *sursis* em matéria contravencional (os chamados *crimes-anões*) quase dentro dos mesmos limites que usou em matéria criminal (cf. arts. 11 da LCP e 77 do CP).

A nosso ver, o prazo do *sursis* deve, em regra, ser sempre fixado no mínimo, salvo se, em vista das circunstâncias indicadas no próprio art. 77, II, do Cód. Penal, couber imposição *motivada*

de prazo mais longo, e, entre estas circunstâncias, estão a natureza do crime, a personalidade do agente e a intensidade da pena, que hão de ser levadas em conta para a fixação do prazo da suspensão (nesse sentido, cf. MIRABETE, *Manual de direito penal*, v. 1, p. 311, ed. Atlas, 1991).

1135. *Sursis* — fixação acima do mínimo sem fundamentação — inexistência de nulidade — correção

"*Sursis* — Fixação acima do mínimo legal sem fundamentação — Nulidade da sentença — Inocorrência. A falta de fundamentação específica para a fixação do *sursis* acima do mínimo legal não acarreta a nulidade da sentença, mas tão-somente a redução do prazo àquele piso" (*RJDTACrim*, *14*:148).

1136. *Sursis* — se o prazo supera o mínimo, a decisão deve ser fundamentada

Nesse sentido: *RTJ*, *135*:686; *RT, 590*:364, *537*:338; *RJDTACrim*, *23*:332; *23*:450, *14*:148, *13*:147; *JTACrim*, 77:306, *69*:316.

1137. *Sursis* — fixação do período de prova

A suspensão condicional da pena ocorrerá de 2 a 4 anos (CP, art. 77). Sendo agora o *sursis* medida penal de natureza restritiva da liberdade (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, nota ao art. 77, ed. Saraiva, 1991), sujeita-se sua fixação aos critérios de necessidade e suficiência que presidem a imposição das penas (*JTACrim*, 77:306, *69*:316; *RT, 537*:338).

1138. Sursis — apelação — prazo para recorrer — conta-se da intimação da sentença e não da audiência admonitória

A jurisprudência tem admitido que o prazo de recurso comece a correr a partir da audiência admonitória do *sursis*, se antes disso o réu e defensor já não tenham sido intimados da

sentença condenatória (*RT*, *541*:400, *527*:376, *447*:426, *438*:433, *437*:400, *407*:287; *JTACrim*, *37*:174, *8*:126).

1139. *Sursis* — limite de 2 anos em concurso de crimes — soma das penas

A jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso, não admite o deferimento do *sursis* para cada um dos delitos, isoladamente, quando a imposição cumulativa das penas, no concurso material, ou a majoração decorrente do concurso ideal ou do crime continuado, fizer com que as penas atinjam limite superior a dois anos (cf. ALBERTO SILVA FRANCO & *AL*., *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 955-6, n. 3.01, ed. Rev. dos Tribunais, 1995; *RT, 553*:458-STF, *483*:386-STF).

1140. *Sursis* — prorrogação do prazo — *v.*

A prorrogação do prazo de cumprimento da suspensão da pena, de que cuida o art. 81, § 2º, do Cód. Penal, é automática, independendo de determinação judicial (MIRABETE, *Execução Penal*, p. 397, ed. Atlas, 1987; DELMANTO, *Cód. Penal Anotado*, p. 130, ed. Freitas Bastos, 1986).

1141. *Sursis* — sentença que o nega — concessão pelo Juiz da execução — *v.* tb.

Sursis – sentença omissa (cabimento), p. 767.

Sursis – sentença omissa (condições), p. 769.

Pode o Juiz da execução apreciar eventual concessão do *sursis*, embora tenha ele sido expressamente negado na sentença condenatória?

Há quem entenda que o Juiz da execução não possa fazê-lo, diante da impossibilidade de rescindir o *decisum* no mesmo grau de jurisdição (PAGANELLA BOSCHI, *Execução penal — questões controvertidas*, p. 70, Porto Alegre, 1989).

Entretanto, a sentença que concede ou nega a suspensão condicional da pena não faz coisa julgada material (*RTJ*, *53*:730;

RT, *488*:343, *458*:355, *445*:279, *426*:325, *424*:392 e *412*:80). A decisão que aprecia a matéria pode ser revista, ainda que com trânsito em julgado formal, em diversas hipóteses: *a)* quando verificada a ilegalidade da concessão ou do indeferimento; *b)* quando é o caso de sua revogação (CP, art. 81); *c)* quando da modificação das condições (CP, art. 81, §§ 2º e 3º; LEP, art. 158, § 2º); *d)* quando concedido o *sursis* pelo Juízo da execução, em decorrência do que dispõe o art. 66, III, *d* da Lei n. 7.210/84. Nesse sentido, é a correta lição de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Código de Processo Penal anotado*, nota ao art. 157 da LEP, p. 624, ed. Saraiva, 1991) e de JÚLIO F. MIRABETE (*Execução penal*, comentário aos arts. 66 e 157, p. 205 e 383, ed. Atlas, 1987).

Com muita propriedade, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já afirmou que o Juiz da execução, ao conceder o *sursis* negado no título executivo, não assume, só por isso, o papel de instância revisora do juízo de mesmo grau, que na sentença condenatória tinha negado o *sursis*. Com efeito, se o Juiz da condenação indeferiu o benefício em decorrência de *condições pessoais* do sentenciado, que expressamente apreciou, aí sim seria incabível sua concessão pelo Juiz da execução; se, porém, foi a medida negada na sentença com fundamento em *dados objetivos*, que posteriormente se verifica inexistirem, ou por falta de dados objetivos que depois vieram a ser obtidos quando da execução da pena, nestas últimas hipóteses, nada obstará à futura concessão do benefício, agora necessariamente pelo Juiz da execução, uma vez que já expedida a carta de guia (*RCrim* 455.599, j. 4-12-86).

Tentativa

1142. Tentativa — *v.*

Art. 14 do CP, p. 59.

Art. 14, II, do CP, p. 59.

Art. 157 do CP – tentativa, p. 213.

Testemunho

1143. Testemunho — *v.*

Art. 342 do CP (falso testemunho), p. 335.

Prova, p. 717.

1144. Testemunho — pequenas contradições

Pequenas contradições na prova oral são normais e até mesmo ínsitas à sua natureza. O importante é que essa prova seja coerente nos pontos fundamentais, pois as dissonâncias secundárias, longe de apontarem para a incoerência dos depoimentos, antes reforçam sua autenticidade, porque próprias do testemunho oral (*JTACrim*, *95*:262).

Além disso, é "de lembrar que, muitas vezes, o que aparentemente é contradição, nada mais é do que disciplina imposta por quem conduz as oitivas, maneira de formular indagações, maneira de ditá-las" (Ap. 1.088.467-1 – TACrimSP).

Conhecendo as imperfeições da prova testemunhal, suspeita, sim, seria a prova se tivesse uma coerência estereotipada e excessiva (*JTACrim*, *95*:262). Como ensinou ALMEIDA JÚNIOR, "as pequenas contradições decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas pelas condições em que a prova é realizada. O testemunho demasiado perfeito, esse sim, é que deve gerar desconfiança" (*Lições de medicina legal*, 2ª ed., p. 565). No dizer de DELLAPIANE (*Nova teoria da prova*, 2ª ed., p. 145), o importante é verificar se, embora discrepando nos detalhes mínimos, a prova pessoal concorda a final nos pontos essenciais, nas circunstâncias mais importantes do fato, que cada um isoladamente reconstitui. Nessa esteira já decidiu acertadamente o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (Ap. n. 487.405-5-SP, 11ª Câm. — *JTACrim*-Lex, *95*:262).

"Se os depoimentos de várias testemunhas são — como os quatro Evangelhos canônicos — concordantes *no essencial*, mas desconformes, dissonantes, no periférico, isto é, apenas di-

vergentes em pontos secundários, não é mal, antes muito bom, que assim seja, porque então revestem credibilidade. Fossem rigorosamente decalcados uns nos outros, idênticos ponto por ponto, passariam de imediato a impressão de que oriundos de uma única fonte, uma só matriz, artificialmente composta e fraudulentamente multiplicada, para atender à suposição corrente de que é maior a autoridade de muitos do que a de um só. Como se os ecos pudessem ser mais verossímeis do que a voz. É o que, outrossim, pode ser dito dos necessariamente diferentes relatos sucessivos de uma mesma testemunha, pois somente os perjuros se exercitam e se esmeram na arte da enganosa coerência. Quando, de uma para outra descrição de um fato, todas as particularidades se sobrepõem e se justapõem, se articulam e se harmonizam, a sensibilidade do intérprete cauteloso logo reagirá à demasiadamente estudada simetria, à excessivamente luminosa aparência de fidelidade, e de pronto detectará a premeditação, a falsidade elaborada" (Ap. n. 1.066.445-2 – Capital, 7ª Câm. do TACrim, v.u., rel. Correa de Moraes, j. 11-12-97, v.u.).

1145. Testemunho — policial — *v.* tb.

Policial, p. 691 e s.

Não merece o depoimento dos policiais uma eiva abstrata e genérica de suspeição. Se o Estado encarrega seus agentes do grave *munus* de defender a coletividade contra o crime, se os arma, se lhes dá o poder de polícia, se lhes atribui a investigação de crimes e até o direito de prender pessoas e apreender bens, seria rematado contra-senso recusar-se-lhes *a priori* qualquer crédito ao seu depoimento, apenas porque são policiais. Ora, seu testemunho há de ser aferido no contexto instrutório, no seu todo, e se, longe de desmentido pela instrução, for com esta coerente, razão não há para recusá-lo (*RT*, *417*:94). Ou mais, seria indesculpável dislate obrigar os policiais a combaterem o crime e, depois, negar validade a seu subseqüente depoimento.

Seus testemunhos devem ser vistos, apenas, com a natural cautela decorrente do fato de que têm eles compreensível

interesse na validade e na correção das diligências que empreenderam (*JTACrim*, *60*:160).

Como observou o Juiz COELHO PRADO NETO, "violência e arbitrariedades existem em todos os ramos da atividade humana. Assim, não seria na esfera policial que se haveria de esperar a ausência de tais anomalias, por mais que isto se deseje, e se tomem providências para que isto ocorra. Porém, isso não pode desembocar no mau vezo de se considerar, sempre e sempre, suspeita a atividade policial, pois os policiais, agindo no estrito cumprimento de seu dever funcional, são merecedores de confiança, como de resto qualquer pessoa há de merecer, e, efetivamente, merece, até que se prove o contrário" (proc. 360/97, da 3ª Vara da Comarca de Ourinhos – SP).

1146. Testemunho — recordações e integração psicológica

Bem registrou ALTAVILLA: "por que haverá, em primeiro lugar, tanta diversidade em depoimentos prestados imediatamente? Antes de mais nada, porque cada indivíduo, por serem diferentes os seus aparelhos sensoriais, percepciona de maneira diferente". Depois, há o problema do *interesse*: "torna-se aqui bem evidente um aspecto que distingue a testemunha, por um lado, e ofendido e o acusado pelo outro. À percepção da testemunha falta aquele poderoso fator da atenção que é o interesse, pois ela é, na maior parte dos casos, estranha ao que se está a passar, e propende, por isso, a observar com uma curiosidade superficial: se é certo que esta circunstância dá ao seu campo perceptivo uma maior extensão, torna, também, menos intensa a fixação dos fatos percepcionados, e faz com que, por via disso, seja mais fácil a descoloração produzida pelo tempo" (*Psicologia judiciária*, v. 4, cap. III, n. 9, p. 20, Coimbra, 1957).

1147. Testemunho — causas de mentiras conscientes

Citando LOCARD, enumerou ALTAVILLA as principais causas de mentiras conscientes de testemunhas: o *interesse*, o *medo*, o

afeto, a *vingança*, a *corrupção*, a *leviandade*, a *paixão* e a *vaidade* (*Psicologia judiciária*, v. 4, cap. III, n. 51, p. 99, Coimbra, 1957).

1148. Testemunho — a mentira de boa-fé

Advertiu com razão ALTAVILLA que "deve, também, ter-se presente que um ofendido perfeitamente verdadeiro pode ser impelido a uma mentira consciente, pelo desejo de reforçar, com um detalhe, a sua narração, ou a eliminar uma razão de descrédito daquilo que afirma. Conta FERRONE (*Il processo penale*, p. 132): *Perguntando-se a um queixoso como é que nas trevas da noite e a certa distância, havia podido reconhecer o seu agressor, respondeu-lhe logo que havia luar. Mentira grosseira e apressadamente inventada, pois, para o desmentir rotundamente, bastou consultar o primeiro almanaque que se encontrou à mão. E todavia o culpado havia sido verdadeiramente reconhecido pelo queixoso, o qual introduziu no quadro a lua, que não havia, para que não se pudesse pôr em dúvida o seu reconhecimento*. Eu não creio que este queixoso estivesse de má-fé: podia não se recordar se havia ou não luar, mas em face da pergunta que lhe fizeram, evocando a sua percepção detalhada e precisa, deve ter deduzido que havia luar, e esta sua dedução passou a funcionar como uma recordação sua, graças àquele processo deformador que constitui *a memória lógica*" (ALTAVILLA, *Psicologia judiciária*, v. 3, cap. II, n. 3, p. 213, Coimbra, 1957).

1149. Testemunho — possibilidade da oitiva do co-réu como testemunha

O Supremo Tribunal Federal anotou que, não obstante seja regra a unidade do processo (art. 79 do CPP), "o co-réu, embora parte, pode ser testemunha de crime praticado por outro acusado" (*HC* n. 75.117-2/MS, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 15-8-97, p. 37.037).

1150. Testemunho — o testemunho infantil

A doutrina, forte em larga experiência, adverte que o testemunho infantil deve ser recebido com muitas reservas: as crian-

ças, sobre terem bastante imaginação e serem muito influenciáveis, ainda usam a mentira defensiva com bastante criatividade e largueza.

Mais cautelas ainda se deve ter, quando tiver havido envolvimento da própria criança no fato a ser apurado. A favor da credibilidade do seu depoimento, entretanto, às vezes pesa o fato de a criança não ter deixado de admitir a própria participação que lhe tenha cabido, mas mesmo esse indício também há de ser recebido com reserva, pois que o testemunho infantil é facilmente industriado pelas pessoas que exerçam influência sobre a criança.

1151. Testemunho — membro do Ministério Público, Juiz e Advogado

Como qualquer pessoa, o membro do Ministério Público ou o Juiz podem ser testemunhas de fatos cuja apuração interesse à Justiça. Nessa qualidade, podem ser ouvidos em depoimento, tendo a prerrogativa de ajustar previamente dia, hora e local com o Juiz ou a autoridade competente (LC n. 35/79, art. 33, I; LC n. 75/93, art. 18, II, *g*; Lei n. 8.625/93, art. 40, I).

E sobre fatos que o membro do Ministério Público ou o Juiz investigaram ou apuraram, como num inquérito civil ou num processo crime no qual oficiaram? Poderiam depor sobre eles?

Se o Promotor de Justiça ou o Juiz oficiam em referidos autos na qualidade de membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário, por evidente passam a ter conhecimento dos fatos como ali apurados, não, porém antes, ou fora dos autos. Desta forma, em suas manifestações procedimentais ou processuais, exprimem a posição oficial das respectivas instituições em ditos autos.

Ora, a circunstância de terem oficiado como órgãos do Ministério Público ou do Judiciário em referidas investigações, afasta sua qualidade de testemunhas, em qualquer processo ou

procedimento que diga respeito a fatos cujo conhecimento lhes tenha advindo *em razão da própria investigação que conduziram ou da qual participaram*.

Como é cediço, testemunhas não se escolhem: é-se ou não se é testemunha, apenas em decorrência da circunstância de se ter, ou não, conhecimento direto, ou até indireto, mas fora dos autos, de fatos que tenham relevância para a investigação ou para o processo (*RT*, *211*:118). Ou, como bem anota FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, citando MANZINI, a propósito da prova processual penal, "*testemunho* é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o Magistrado penal por uma pessoa (testemunha) distinta dos sujeitos principais do processo penal, sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade" (*Processo penal*, v. 3, p. 262, ed. Saraiva, 1990).

Desse conceito, extraem-se as seguintes conclusões: *a)* a testemunha tem de conhecer fatos passados, de relevância para a apuração da verdade, mediante percepções sensoriais colhidas fora do próprio procedimento investigatório; *b)* testemunha não se confunde com os sujeitos principais do processo penal.

O que o membro do Ministério Público vem a apurar ou a saber *em razão de suas funções, dentro de um processo ou de um procedimento, matéria de testemunho não é*. Também o Juiz não é testemunha: ele se informa, afirma a vontade do Estado sob forma jurisdicional; contudo, não pode depor como testemunha sobre fatos cuja verdade ele conheceu ou até mesmo afirmou jurisdicionalmente.

Por isso que as leis processuais, sem exceção, impedem que testemunhe o órgão do Ministério Público ou o Juiz. O art. 158 do Cód. de Processo Penal impõe aos membros do Ministério Público, à semelhança do art. 138, I, e 405, § 2º, II, do Cód. de Processo Civil, o mesmo impedimento que o dos Magistrados, o que significa a impossibilidade de serem ouvidos como

testemunhas de fatos cujo conhecimento tenham como parte ou como Juízes, dentro de autos em que venham a oficiar.

No que diz respeito ao advogado, também está impedido de depor como testemunha sobre fatos de que teve conhecimento como procurador da parte (CPP, art. 405, § 2º, III). Acrescenta o art. 7º, XIX, da Lei n. 8.90/94 (Estatuto da OAB), ser direito do advogado "recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional"[91].

De forma clara, JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR comenta: "Pelo que se verifica, toda e qualquer pessoa que tenha intervindo em nome de uma das partes, como além do tutor, o advogado, o membro do Ministério Público quando este atua como parte, o curador, o mandatário (...) — encontram-se por lei impedidos de depor. Estende-se esse impedimento ao representante legal da pessoa jurídica, ao juiz, ao advogado e outros que tenham assistido ou assistam às partes" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 272-3, ed. Rev. dos Tribunais, 1971).

A lei, aliás, dá a solução expressa, no art. 409, incs. I e II, do Cód. de Processo Civil, aplicável por analogia à hipótese vertente (CPC, art. 3º). Com efeito, se o Juiz e também o Promotor de Justiça (este por força dos arts. 138, I, do mesmo *Codex*, e 258 do Cód. de Processo Penal) tiverem conhecimento sensorial, haurido fora do processo onde atuam como órgãos do Estado, de fatos que interessem à apuração da verdade real, devem dar-se por impedidos de atuar no feito: então testemunharão. Entretanto, se nada souberem, de conhecimento haurido fora dos próprios autos, não podem depor, o que lhes criaria indevido impedimento funcional (CPC, art. 134, II).

---

91. Sobre a questão do sigilo profissional e o sentido teleológico do sigilo, *v.* verbete *Sigilo profissional*, na p. 761, e nota de rodapé n. 90, *retro*.

A hipótese, aliás, não é nova, e sobre ela há percuciente estudo de JOÃO BENEDICTO DE AZEVEDO MARQUES, publicado na revista *Justitia*, *54*:123, na qual bem é analisado o impedimento em questão.

1152. Testemunho — localização de testemunhas — impugnação

Cabe correição parcial contra a decisão que indefere requerimento do Ministério Público para expedição de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE) visando à localização de testemunha (*RJDTACrim*, *13*:158, *1*:152; em sentido contrário: *RJDTACrim*, *14*:150).

Tóxicos

1153. Tóxicos — Lei de Tóxicos — Lei n. 6.368/76 — Lei n. 8.072/90 — *v.*

Art. 243 do ECA (cola de sapateiro), p. 285.

Crimes hediondos, p. 460.

Lei n. 8.072/90, p. 569.

Pedido de restituição (art. 34 Lei n. 6.368/76), p. 678.

Pena – individualização, p. 685.

Tóxicos — crime hediondo, p. 792.

1154. Tóxicos — flagrante forjado — *v.* tb.

Art. 17 do CP, p. 65.

Art. 301 do CPP, p. 298.

Flagrante forjado, p. 512.

O crime do art. 12 *caput* da Lei de Tóxicos (Lei n. 6.368/76) configura-se até mesmo quando o agente tenha em depósito, transporte ou traga consigo substância entorpecente, desde que destinada à entrega a consumo.

Não raro, suspeitando de tráfico de drogas por parte de uma pessoa, os policiais costumam simular uma aquisição da droga, como supostos usuários, para assim surpreenderem o traficante em ação. Por certo, essa aquisição foi suposta, já que preparada para surpreender os agentes, mas o crime do art. 12 já estaria perfeito em momento antecedente, se o agente já trazia consigo a substância entorpecente, destinada ao comércio que se evidenciou era feito, à vista da prova pessoal produzida nos autos. Assim não haverá falar, nesse caso, em flagrante forjado.

1155. Tóxicos — crimes de ação múltipla

As infrações penais previstas nos arts. 12 e 16 da Lei de Tóxicos (Lei n. 6.368/76) são *crimes de ação múltipla*, ou seja, seus tipos contêm várias modalidades de conduta delituosa, as quais, praticadas por qualquer uma das suas formas pelo agente, constituem fases do mesmo crime[92].

1156. Tóxicos — prisão em flagrante dentro de domicílio do réu — *v.* tb.

Busca domiciliar, p. 398.

Não há falar tenha sido ilegal o ingresso dos policiais na residência do réu, pois "o caso de flagrante delito é uma das hipóteses contempladas pela Constituição Federal em que se pode penetrar em casa alheia sem o consentimento do morador ou autorização judicial" (Ap. Cr. n. 231.127-3-0, de Mairiporã, 6ª Câm. Crim., TJSP, v.u., j. 16-4-98, rel. Augusto César).

1157. Tóxicos — apelação em liberdade — *v.* tb.

Lei n. 8.072/90, p. 569.

Embora o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, permita, em tese, o apelo em liberda-

---

92. Sobre o conceito de *crime de ação múltipla*, *v.* NORONHA, *Direito penal*, v. 1, n. 59, p. 108, ed. Saraiva, 1986.

de, tal regra não se aplica ao réus condenados por tráfico (arts. 12 e 13 da Lei n. 6.368/76), por força do art. 10 da própria Lei n. 8.072/90, que deu nova redação ao art. 35 da Lei de Tóxicos (*RT*, *711*:319; *HC* n. 69.714-3-SP, 1ª T. STF, *DJU*, 10-9-93).

Ademais, no caso de réu que já se encontrava preso em virtude de flagrante por tráfico de drogas, seria contra-senso conferir-lhe o direito de apelar em liberdade depois da sentença condenatória, que é título jurídico muito mais seguro para a custódia processual do que a mera prisão em flagrante que até então não fora relaxada.

Nem se alegue que tal prisão violaria a presunção de inocência, pois que a própria Constituição admite a prisão *por força de ordem judicial* (CF, art. 5º, LXI; CPP, arts. 393, I, e 594; Súm. n. 9 — STJ; *RT*, *661*:279, *654*:292, *647*:299 e *647*:291).

1158. Tóxicos — concurso entre os crimes dos arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76

Quando o agente é surpreendido na posse de entorpecente que se destine simultaneamente ao uso próprio e ao tráfico, há o fenômeno da absorção do delito menor pelo mais grave (no mesmo sentido, cf. *JTACrim*, *64*:38, *RT*, *555*:380). E a razão pode ser encontrada a partir desta lição de BETTIOL: "A norma que prevê um crime de perigo tem, desse modo, carácter subsidiário em relação à que prevê um crime de dano, desde que se mantenha idêntico o bem jurídico violado"; e, mais adiante: "Caso de consumpção é o do crime *progressivo*, no qual, precisamente, a actividade delituosa, passando de um *minus* a um *majus*, viola diversas disposições de lei, uma das quais absorve e consome em si as outras" (*Direito penal*, parte geral, v. 3, p. 338-9, Coimbra, 1973).

E como já se decidiu nos precedentes invocados, é certo que, tivessem os fatos ocorrido em tempo e local diversos, então poderia ter havido a chamada *progressão criminosa* (distinta do crime progressivo), pois a segunda infração (comércio da droga) não dependeria necessariamente da primeira (posse para uso

próprio). Mas, no caso, ficou apurado que a posse e o transporte se destinavam *simultaneamente* tanto para uma coisa, como para outra, razão pela qual há a absorção do delito menos grave pelo mais grave (*JTACrim*, *64*:38).

1159. Tóxicos — crimes dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76 — concurso material

"Os tipos penais de tráfico e de associação para o tráfico (arts. 12 e 14 da Lei de Tóxicos) são autônomos, têm diferentes pressupostos e podem ser punidos em concurso material. Precedentes da Corte" (*RT*, *694*:401, STF Pleno; *RT*, *650*:338, 2ª T. STF).

1160. Tóxicos — crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/76 (crime de quadrilha para fins de tráfico de entorpecentes) é delito autônomo que se consuma com a associação para a prática de tais crimes, e, portanto, por si só, não está sujeito ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, ("*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado*"), pois o *caput* deste dispositivo é expresso quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes (Emb. Decl. em *HC* n. 70.207-SP, *DJU*, de 9-12-94; *HC* n. 75.978-SP, j. 12-5-98, *Informativo STF*, 110).

1161. Tóxicos — o art. 14 da Lei n. 6.368/76 não foi revogado pelo art. 8º da Lei n. 8.072/90 — *v.* tb.

Lei n. 8.072/90, p. 569.

O art. 14 da Lei n. 6.368/76 considera crime "associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei".

Por sua vez, o *caput* do art. 8º da Lei n. 8.072/90 dispôs que "será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art.

288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo".

Teria o art. 14 da Lei de Tóxicos sido revogado pelo art. 8º da Lei n. 8.072/90, que se remete ao crime de quadrilha ou bando?

Ainda que haja imprecisões na Lei n. 8.072/90 — o que, infelizmente, tem sido muito comum nos últimos anos, na açodada técnica legislativa de nosso País —, na verdade esta lei não ab-rogou o art. 14 da Lei de Tóxicos, conforme têm entendido nossos maiores tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, pois não se subsume a tipicidade de uma infração à outra (*RT*, *716*:417 e *694*:401-STF; REsp 29.528, *DJU*, 2-9-96, p. 31.121; *HC* n. 68.793/RJ, *HC* n. 73.119/SP-STF).

1162. Tóxicos — arts. 14 e 18 da Lei n. 6.368/76 — síntese das diferenças

Segundo o art. 14 da Lei n. 6.368/76 (Lei de Tóxicos), há crime na ação de "associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei".

Por sua vez, o art. 18, III, do mesmo diploma legislativo, considera qualificado qualquer crime previsto na Lei de Tóxicos, "se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação".

A questão que ora discutiremos consiste em saber quando é que a associação é crime autônomo (art. 14) ou mera qualificadora (art. 18, III).

Como anotou com felicidade o Min. ALDIR PASSARINHO, "há acórdãos entendendo que, quando o crime é praticado por duas ou mais pessoas, aplica-se o inc. III do art. 18, não o art. 14. Assim, se cometido o crime dos arts. 12 ou 13 em decorrência de

associação, a pena seria aumentada de 1/3 a 2/3, embora os mesmos elementos pertencessem a um bando ou quadrilha de natureza permanente, não lhes sendo aplicada a pena do art. 14, em concurso.

"Tal entendimento, a meu ver, fere a lógica. É que, se for cometido um dos crimes previstos na Lei de Tóxicos, p. ex., o do art. 12, e o acusado for primário e tiver bons antecedentes, poderá receber a pena mínima de três anos de reclusão. Se, a par disso, integrar uma quadrilha ou um bando, embora sem praticar qualquer crime como integrante dessa associação criminosa, e lhe for aplicada, também, a pena mínima, receberá três anos, totalizando, portanto seis anos pelo concurso material.

"Entretanto, a admitirmos que, embora pertença ele a uma quadrilha organizada de forma permanente, se cometer o crime em decorrência da associação, apenas receberá a pena para o ilícito que cometer e com a incidência do art. 18, III, tão-somente, teremos que, se for ele primário e de bons antecedentes, não havendo outras razões para o agravamento da pena, receberá três anos de reclusão com o acréscimo de 1/3, ou seja, de um ano, tudo totalizando, portanto, quatro anos.

"Verifica-se aí a ilogicidade desse raciocínio. Se ele cometer sozinho o crime, mas for integrante de uma quadrilha, embora não pratique o ilícito em tal condição, receberá seis anos de reclusão. Se ele praticar o mesmo crime com a participação de outros dessa mesma quadrilha, e, portanto, numa forma mais grave, posto que terá a quadrilha entrado em ação, a pena seria apenas a de três anos, com o acréscimo de um ano, no total de quatro anos (art. 18, III).

"Este raciocínio fere completamente a lógica.

"Assim, o que se há de compreender é que, se o acusado pertence a uma quadrilha, ou seja, a uma organização criminosa, receberá, em razão de concurso, a pena por tal ilícito, que é autônomo, não se subsumindo tal ilícito em outro crime, apenas com o acréscimo previsto no inc. III do art. 18 da Lei de Tóxi-

cos. Este último caso, para haver compreensão lógica do sistema penal fixado no diploma legal referido, há de entender-se como ocorrendo se a associação for eventual, não tiver havido a tipificação penal do crime organizado (art. 14)" (*RT*, *650*:338 e 340, STF, 2ª T., j. 30-5-89; no mesmo sentido, *HC* n. 67.386-STF).

Em suma: segundo tem demonstrado a jurisprudência, com escólios do Supremo Tribunal Federal (*RJTJRS*, *106*:113; *RT*, *650*:338), o crime do art. 14 da Lei de Tóxicos (*associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13*), supõe uma atividade desenvolvida no tempo (*reiteradamente ou não*), com "verdadeiro intuito associativo, de caráter estável e permanente" (Ap. n. 227.884-3-0 – TJSP), *mas praticada por uma quadrilha ou organização criminosa*; nesse caso, há concurso material entre esse crime e o do art. 12 ou 13, conforme o caso.

Já a qualificadora prevista na primeira parte do art. 18, III, da mesma lei (*se qualquer dos crimes da Lei de Tóxicos decorrer de associação etc.*) supõe um fato singular, praticado por agentes que ajam sob associação eventual, embora ainda sem conotação de organização criminosa.

1163. Tóxicos — art. 16 da Lei n. 6.368/76 — constitucionalidade

Vez ou outra se vê a tese de que a criminalização do porte de entorpecente para uso próprio seria inconstitucional, por invadir a esfera de privacidade do cidadão, sem qualquer dano para a coletividade.

Concessa venia, não é possível aceitar essa tese.

Os dispositivos constitucionais que, nessa linha de argumentação, costumam ser invocados para sustentar a revogação do art. 16 da Lei n. 6.368/76 na verdade sequer são novidade da Constituição de 1988 e já vinham de ordem constitucional anterior (princípios da dignidade da pessoa; igualdade perante a lei; inviolabilidade da liberdade, da intimidade e da vida privada);

assim, incorreto falar em revogação do art. 16 da Lei de Tóxicos pela CF de 88, que não poderia revogar dispositivo que, se fosse inconstitucional, já não estaria integrando a ordem jurídica precedente.

Sob a ordem constitucional anterior ou atual, em momento algum a declaração de inconstitucionalidade do art. 16 da Lei de Tóxicos foi reconhecida *erga omnes* nem esse dispositivo teve sua eficácia suspensa (*RT*, *650*:273, TJSP, rel. Dante Busana).

Não viola o princípio da igualdade o fato de o legislador incriminar o uso de alguns tóxicos (como maconha, cocaína, heroína) e não fazer o mesmo com outros (como álcool e tabaco). A ciência e a doutrina distinguem as drogas pelos seus efeitos e potencial de dano, e o juízo de reprovabilidade e do seu grau é privativo do legislador, e para exercê-lo, vale-se de padrões socialmente aceitáveis numa determinada época e lugar. No caso, o legislador entendeu oportuno e conveniente reprimir a posse de alguns tóxicos, por considerá-los mais nocivos que outros, seja para tráfico seja para uso próprio. Embora sempre se assegure o direito de crítica da doutrina, não se pode admitir o descumprimento da lei por aqueles que deveriam ser seus aplicadores.

A inviolabilidade da vida privada, da privacidade ou da intimidade sujeita-se também aos limites da lei, de forma que lhe cabem as mesmas restrições que se podem impor à liberdade individual, tanto que mesmo a privacidade do domicílio não impede buscas ou invasões legalmente admitidas em caso de mandado judicial ou crime, ou a liberdade individual não impede as prisões legítimas. Outrossim, ainda que o direito tolere atos contra a própria pessoa (como a tentativa de suicídio ou a autolesão), isto não significa que o indivíduo não possa ser impedido pela lei de fazer ato, ainda que privado, que possa, a juízo do legislador, trazer dano ou até mesmo mero perigo social (como o crime de incêndio em coisa própria, mas com exposição a perigo do patrimônio alheio).

Não tem adequação ao tipo legal dos arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76 o argumento de que, ao punir o toxicômano, esta-

ríamos punindo o *modus vivendi* do agente e não sua conduta, pois tais artigos incriminam uma ação típica determinada no tempo, e não um *estado* da pessoa. Ademais, nada impediria nem mesmo que a lei punisse estados reprováveis de comportamento, como o faz, *v.g.*, nos crimes porte de arma, de abandono material, de bando ou quadrilha, ou na contravenção de vadiagem.

Ao incriminar, pois, a conduta de quem porta tóxicos, para tráfico ou uso próprio, porque a considera socialmente perigosa, o legislador age dentro dos limites que a Constituição lhe traçou, seja em decorrência de tratados internacionais aos quais se vincula o País, seja no âmbito interno, quando estabelece as regras do Direito Penal (art. 22, I). E em nada invade ele indevidamente a esfera de liberdade individual, até porque não está punindo o *uso da droga*, em si (embora pudesse fazê-lo), e sim está punindo *sua posse e seu porte*, seja para a venda, seja ainda para uso próprio. E a razão da incriminação, mesmo neste último caso, é que o legislador considerou que o indivíduo que porta consigo entorpecente, ainda que para uso próprio, está cometendo ato social penalmente reprovável e perigoso; entendeu o legislador que o agente, com seu comportamento, está contribuindo para a difusão do uso da droga, cujos malefícios sociais e conseqüências nefastas têm sido reconhecidos.

1164. Tóxicos — art. 18 da Lei n. 6.368/76

Segundo o magistério de VICENTE GRECO FILHO, nenhuma das causas de aumento da pena do art. 18 da Lei de Tóxicos "é logicamente aplicável no art. 16 (porte exclusivamente para uso próprio), porque são elas dirigidas ao traficante ou disseminador" (*Tóxicos — prevenção e repressão*, p. 128, 3ª ed., 1982; no mesmo sentido, *RJTJSP*, *90*:503, *70*:373; *RT*, *558*:310). Entendem outros, porém, que ao menos o inc. IV do art. 18 também se aplica ao crime do art. 16 da mesma lei, uma vez que o objetivo do legislador "é o de impedir, ao máximo, a difusão do uso indevido e do tráfico ilícito de tóxicos em locais que, pela maior concentração popular, são mais susceptíveis da propaga-

ção das toxicomanias" (MENNA BARRETO, *Estudo geral da nova Lei de Tóxicos*, p. 80, 3ª ed.; no mesmo sentido, *v. RJTJSP*, *88*:382; *v.*, ainda voto vencido do Des. Cunha Camargo, em *RJTJSP*, *90*:504).

1165. Tóxicos — art. 18, III, da Lei n. 6.368/76

"A causa de aumento da pena, prevista no item III do art. 18 da Lei n. 6.368/76 (associação), é aplicável quando ocorre concurso de agentes, independente da participação de menor" (STJ, 6ª T., REsp. 89.680-PR, *DJU*, 24-2-97, p. 3.424). No mesmo sentido: "o preceito do inc. III do art. 18 da Lei n. 6.368/76 encerra dualidade. A associação nele prevista prescinde do envolvimento de menor de 21 anos ou de pessoa que tenha a capacidade de autodeterminação diminuída ou inexistente" (STF, 2ª T., *HC* n. 74.142-8/MG, *DJU*, 28-2-97, p. 4.064).

1166. Tóxicos — art. 18, IV, da Lei n. 6.368/76 — local de trabalho coletivo de estabelecimento penal

Segundo o inc. IV do art. 18 da Lei n. 6.368/76, considera-se qualificado qualquer dos crimes de que cuida essa lei, "se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimentos de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local".

Note-se que, na publicação original da lei (*DOU*, 22-10-76), realmente ali se lia que a qualificadora ocorreria "se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior... *de locais de trabalho coletivo de estabelecimentos penais*"; contudo, com a subseqüente publicação a retificação (*DOU*, 29-10-76), foi inserida a vírgula faltante, entre as palavras *coletivo* e *de estabelecimentos penais*, de forma que

não mais há razão para maiores controvérsias a respeito (*RJTJSP*, *90*:504).

1167. Tóxicos — art. 18, IV, da Lei n. 6.368/76 — cadeia pública é estabelecimento penal

Embora as cadeias públicas destinem-se ao recolhimento de presos provisórios, também integram a rede estatal dos estabelecimentos penais, que se destinam não só aos condenados e àqueles submetidos a medida de segurança, como também às pessoas que se encontrem sob prisão provisória, e, em certos casos, até ao egresso (cf. arts. 82-104 da Lei n. 7.210/84).

1168. Tóxicos — crime hediondo — cumprimento da pena em regime fechado — *v.*

Crimes hediondos, p. 460.

Regime na execução, p. 732.

1169. Tóxicos — crime hediondo — cumprimento da pena em regime inteiramente fechado — *v.*

Regime da pena – regime fechado, p. 731.

1170. Tóxicos — regime fechado — não derrogação

Entendem alguns que, nos crimes de tráfico de drogas, deveria ser estabelecido o regime prisional fechado somente no início do cumprimento da pena e não integralmente.

Esse posicionamento baseia-se na suposição de que a Lei n. 9.455/97, que define o crime de tortura, teria derrogado o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

Entretanto, não foi isso o que ocorreu. O art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97, apenas dispôs que “o condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”. Ora, esse dispositivo referiu-se somente aos condenados por crime de tortura, e, se admitiu progressividade no cumprimento da pena por esse crime, nada dis-

pôs sobre os crimes hediondos de que cuida o art. 1º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.930/94.

Desta forma, "por aí se vê que o § 7º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 não derrogou o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Nem mesmo qualquer influência pode ter na interpretação da última disposição. Não há que se cogitar em analogia *in bonam partem*, devido às naturezas e diferenciações dos diversos crimes hediondos" (Ap. Cr. n. 229.087-3-7 – TJSP, j. 20-10-97, rel. Silva Pinto).

1171. Tóxicos — prazos procedimentais — *v.* tb.

Prazos, p. 692.

Segundo o art. 10, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90, os prazos procedimentais para os crimes previstos na Lei de Tóxicos (Lei n. 6.368/76) são contados em dobro.

1172. Tóxicos — exame de verificação de dependência — *v.* tb.

Art. 26 do CP, p. 73.

Nos crimes de que cuida a Lei n. 6.368/76, é muito comum ser requerida a realização de exame pericial para verificação de dependência.

Nem sempre será caso de reconhecer o cabimento ou a necessidade do exame pericial. Mesmo quando admita o réu ser usuário de droga, esse fato em si não seria apto a justificar o exame, se nem em seu depoimento nem no curso da instrução nada fica registrado que recomende o exame pretendido, para os fins do art. 19 da Lei de Tóxicos. Para que se faça tal exame, é necessária a presença de indícios que levem a crer possa não ter tido o réu plena compreensão do caráter ilícito do que lhe é imputado, ou plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

E, mesmo quando o exame pericial constata a dependência do réu em relação ao uso de tóxicos, nem sempre daí decorre

necessariamente sua incapacidade de *entender* o caráter criminoso do ato, ou a de *determinar-se* de acordo com esse entendimento. Entretanto, quando haja maior grau de dependência, as perícias não raro apontam diminuição, ou, em casos mais raros, até mesmo a total incapacidade do réu de, embora compreendendo o caráter criminoso do ato, conseguir inibir seu comportamento. Entretanto, normalmente a incapacidade total ou parcial de determinar-se de acordo com o entendimento do caráter criminoso do ato *limita-se à ausência de liberdade de usar ou não as drogas* (por isso que *dependente* das drogas), mas não é *ipso factu* extensível à prática de outros atos ou crimes.

Assim, um dependente, embora saiba perfeitamente que usar o entorpecente é crime, pode não conseguir controlar-se diante de uma oportunidade de adquirir e usar a droga; mas isso não interfere necessariamente com sua capacidade de compreensão e adequação de seu comportamento para crimes outros, como o tráfico da droga, ou o roubo ou o homicídio.

Nem se objete que contra este raciocínio se ergueria a previsão do art. 19 e seu parágrafo da Lei n. 6.368/76, que permitem a isenção ou redução de pena, *qualquer que tenha sido a infração penal praticada*, pois que tais dispositivos supõem que, em virtude da dependência, o réu seja *total ou parcialmente* incapaz de *entender* o caráter criminoso da ação praticada, ou de *determinar*-se de acordo com esse entendimento. Nesse caso, restará ver se, em concreto, a instrução indica que o réu não tenha tido condição, total ou parcial, de compreender que o tráfico de drogas é crime, ou de determinar seu comportamento de acordo com a compreensão desse fato.

1173. Tóxicos — pequena porção da droga — presença do princípio ativo

A lei não exige que a *quantidade de droga apreendida* seja capaz de provocar dependência, o que seria fator extremamente aleatório e inseguro, pois variam as condições pessoais de predisposição e dependência do vício; a lei exige, sim, que *a subs-*

tância apreendida esteja entre aquelas capazes de provocar dependência.

Assim, o fato de ser pequena a quantidade de droga apreendida não desnatura a infração. Não é necessário que na porção apreendida haja princípio ativo suficiente, por si só, para viciar o agente, e sim é necessário que nela haja princípio ativo suficiente para identificar a presença da substância entorpecente, a qual esta sim é apta, como substância, não como quantidade, a determinar a dependência física ou psíquica.

Tem sido firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a circunstância de ser mínima a quantidade de maconha apreendida em poder do réu não afasta a configuração do crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 (posse), que está vinculada às propriedades da droga, ao risco social e de saúde pública, e não à lesividade comprovada no caso concreto (RE n. 113.722-3-SP, j. 6-3-89, rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, 28-8-89, p. 13.229; *RT*, *650*:273, TJSP, rel. Dante Busana).

1174. Tóxicos — pequena porção da droga — cessão entre usuários

Casos há em que a jurisprudência tem admitido que, muito embora um usuário forneça pequena porção de entorpecente a outro, cometem ambos o mesmo delito de porte e posse de entorpecente para consumo próprio, e não o crime de tráfico de um em relação ao outro. E isso porque "a esporádica e eventual cessão de ínfima porção de substância tóxica, de um usuário a outro, tanto ou mais do que ele próprio comprometido com o vício do entorpecente, não se equipara ao *fornecimento*, ainda que gratuito, referido no art. 12 da Lei n. 6.368/76 e por ela punido com extrema gravidade. A ação focalizada no dispositivo questionado é, sem dúvida alguma, aquela com sentido de tráfico da droga, tendente ao induzimento ao vício e ao comprometimento com esta" (*RJTJSP*, *88*:399).

Transação penal

1175. Transação penal — *v.*

Lei n. 9.099/95 – art. 76 (descumprimento da transação), p. 578.

Lei n. 9.099/95 – arts. 76 e 89, p. 581.

Lei n. 9.099/95 – diversos, p. 603.

1176. Transação penal — sentença que a concede — interesse recursal — apelação cabível — *v.* tb.

Interesse processual (Ministério Público), p. 536.

Recursos, p. 722.

Cabe apelação contra a decisão que, desconsiderando proposta do Ministério Público nos termos do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, impõe ao réu pena ao alvedrio do Juiz, pois se trata de decisão que põe fim ao processo, quer seja considerada *definitiva* ou *com força de definitiva* (art. 593, II, do CPP; art. 76, § 5º, da Lei n. 9.099/95). Entre as chamadas *interlocutórias mistas*, está a decisão homologatória de transação penal. No mesmo sentido, o ensinamento da doutrina (*Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei n. 9.099/95*, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, p. 157-8, ed. Rev. dos Tribunais, 1.996; ainda nesse sentido, *v.* Cor. Par. n. 1.012.835-9-Indaiatuba, TACrim, rel. Wálter Guilherme).

1177. Transação penal — não pode ser concedida de ofício — *v.*

Lei n. 9.099/95 – art. 76 (transação – posição STF), p. 574.

1178. Transação penal — momento e oportunidade da transação — *v.*

Lei n. 9.099/95 – art. 89, p. 587.

1179. Transação penal — direito personalíssimo do réu

"Suspensão condicional do processo. Proposta. Aceitação pelo réu e discordância do advogado. Irrelevância. Lei que não exige a anuência do defensor. Prevalência da opinião do acusado. Hipótese em que a suspensão é um direito subjetivo personalíssimo. Conseqüências de eventual processo, ademais, que são sofridas pelo réu e não por seu advogado. Suspensão mantida. Recurso não provido. — A suspensão é ato voluntário do acusado. Com efeito, sendo a suspensão um ato jurídico de natureza transacional que valoriza a situação de consenso, confere ao acusado poderes de participar da solução contenciosa estimulando sua auto-estima e possibilitando uma melhor solução dos fatos" (Ap. Cr. n. 240.350-3, 1ª Câm. Cr. TJSP, j. 15-12-97, *Boletim do IBCCrim*, n. 65, p. 249).

Trânsito

1180. Trânsito — *v.*

Art. 129 do CP, p. 166.

Art. 129, § 8º, do CP, p. 168.

Art. 303 do CTB, p. 301.

Esprit de wagon, p. 501.

Marcha à ré, p. 650.

Trânsito — teoria do *eixo médio*

1181. Trânsito — teoria do *eixo médio*

Vez ou outra, deparamo-nos com processos por crimes de trânsito, no qual o agente provoca um acidente por violação da preferência de passagem do condutor de outro veículo. E, para justificar-se, o agente procura justificar-se dizendo que fora colhido pelo outro veículo depois que tinha cruzado o eixo médio

do cruzamento, ou seja, depois que já tinha transposto mais da metade do cruzamento.

Com efeito, a preferência de passagem não é um prêmio ao motorista que por primeiro chegue ao eixo central da rua. A preferência de passagem é estabelecida *a priori* seja pela lei, em abstrato, seja pela autoridade administrativa, naquele cruzamento em concreto, justamente para evitar acidentes e obviar a eventual competição irresponsável de velocidades: comete-se ônus e a responsabilidade da escolha do momento adequado para transpor de forma segura o cruzamento ao motorista que trafegue pela via secundária. Assim, este só deve dispor-se a transpor a preferencial quando se certificar de que sua manobra é totalmente segura e pode ser empreendida sem provocar riscos, independentemente da freada ou do desvio dos carros que trafeguem pela via preferencial.

A chamada *teoria do eixo meridiano da pista* está totalmente desacreditada, pois, se quem primeiro atingisse o meio do cruzamento alcançasse um *bill* de indenidade, estaria sendo estimulada a irresponsabilidade, com a derrogação de todas as regras de trânsito e de prudência. Quem corresse mais, quem, por mais temerário que fosse, cortasse uma corrente de trânsito (uma avenida, até mesmo uma rodovia), mas chegasse primeiro ao meio da pista, estaria forrado de culpa... Quem acelerasse mais, e, nessas circunstâncias de temerário campeonato, quem fosse o mais imprudente, certamente seria beneficiado (verberando a chamada teoria do eixo médio, *v. JTACrim*, *81*:268, *72*:370 etc.).

Não é isso o que pretende a lei. Exige o cuidado especial do motorista que, pretendendo cruzar uma via preferencial, há de parar, ver se vem alguém pela preferencial, calcular a velocidade dos veículos da preferencial, avaliar o tempo e a distância que seu próprio veículo terá de percorrer em sua manobra, e somente encetar a travessia quando o julgamento de todas essas condições demonstre com segurança que pode empreender a manobra.

Trânsito — uso do freio

1182. Trânsito — uso do freio — sinais correspondentes

Os sinais de uso do freio não indicam a velocidade do carro, e sim indicam apenas a velocidade *mínima* do carro, o que é muito diferente. A 100 km/h, se um carro frear apenas dois metros antes de um obstáculo, provavelmente deixará rastros de pneu que indicarão para a perícia que não estaria *a menos que* 18 km/h, o que, forçosamente, no exemplo, não quer significar estivesse na modesta velocidade de 18 km/h (nesse sentido, Ap. n. 1.018.819-8, 2ª Câm. TACrim, rel. Silvério Ribeiro, j. 19-6-97).

1183. Trânsito — colisão traseira

Em regra, na colisão traseira a culpa é do motorista que vem atrás; entretanto, essa regra sofre exceções como a freada inesperada ou a mudança repentina de uma pista para outro do motorista que vai à frente (*RJDTACrim*, *17*:47).

Trottoir

1184. *Trottoir* — salvo conduto

Conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça, o *habeas-corpus* não é meio hábil para obtenção de salvo-conduto para a prática de *trottoir* em área residencial familiar. Ainda que tal prática não constitua infração penal, está sujeita ao controle do poder de polícia do Estado; o mandado de segurança seria o recurso admissível para os casos em que a fiscalização transborde o limite da legalidade (*HC* n. 8.277-SP, 6ª T. STJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 2/3/99, v.u.).

Unificação de penas

1185. Unificação de penas — *v.*

Art. 71 do CP, p. 139.

Art. 157 do CP (concurso de crimes), p. 212.

1186. Reiteração criminosa *versus* crime continuado — *v.* tb.

Art. 71 do CP, p. 139.

Não há confundir reiteração criminosa com crime continuado.

O crime continuado é ficção jurídica destinada a unificar crimes da mesma espécie cometidos em condições semelhantes, de modo que "devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro" (art. 71 do CP).

Já a reiteração criminosa é a atitude de quem faz do crime seu modo de viver; comete novas e independentes ações, em circunstâncias diversas de tempo, lugar e modo de execução. Essa reiteração não se beneficia com os fins penais que inspiraram as regras da continuidade delitiva (*RTJ*, *79*:344).

Vereadores – imunidade penal

1187. Vereadores — imunidade penal — *v.* tb.

Crimes contra a honra, p. 448.

Novidade da Constituição de 1988, seu art. 29, VI, assegurou a "inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município".

Não se trata de *imunidade parlamentar*, como a têm deputados e senadores, e por isso não podem ser processados sem licença do órgão a que pertençam (*imunidade processual penal*); no caso dos vereadores trata-se de *imunidade material* (ou *imunidade penal*).

Alguns entendem que essa inviolabilidade seria absoluta, porque conferiria ao vereador o direito cometer impunemente crimes contra a honra (*RJDTACrim*, 7:77); outros enten-

dem que o abuso não está acobertado na inviolabilidade (*RJDTACrim*, 7:207).

A nosso ver, correta a segunda corrente. Com efeito, a Constituição não conferiu irresponsabilidade penal aos vereadores para que, no exercício do mandato, possam subir à tribuna, em seu Município, e dizer o que quiserem, ainda que apenas e tão-somente com o propósito de ultrajar terceiros. O que quis a Constituição, e bem o fez, foi assegurar aos vereadores, na qualidade de agentes políticos, imunidade pelo que venham a dizer *no regular exercício de seu mandato*. Assim, por exemplo, se sobem à tribuna, dão voto ou externam sua opinião desfavorável ao administrador ou às suas obras, não raro terão de fazê-lo por entender que o administrador não fez uma concorrência, contratou sem concurso ou cometeu alguma ilegalidade. Em todos esses casos, o vereador poderá estar atribuindo até mesmo a prática de crimes ao administrador, e, em todos esses casos, estará acobertado pela imunidade, que a Constituição lhe concedeu para que possa bem desincumbir-se de seu mister, de forma denodada e totalmente livre.

Entretanto, mudemos agora o exemplo. Se o vereador sobre à tribuna para dizer que a mulher do administrador está traindo o leito conjugal, é evidente que se trata de gratuita ofensa contra a honra. Assim, esta sua ação será crime punível, ainda que possa ter sido proferida em pleno exercício do mandato, de cima da tribuna da Câmara e dentro da circunscrição do Município, porque nenhuma relação tem com o exercício de seu múnus, que a Constituição quis preservar.

Com razão anotou DAMÁSIO E. DE JESUS que os vereadores "não respondem criminalmente pelos delitos de opinião, desde que haja relação de causalidade com o exercício do mandato e tenham sido cometidos na circunscrição do Município" (*Comentários ao Cód. de Processo Penal*, notas ao art. 26, VI, da CF, ed. Saraiva, 1991).

A jurisprudência tem acolhido essa posição crítica, pois "não se pode imunizar o vereador por qualquer palavra ou ex-

pressão que profira na Câmara, em referência feita a qualquer pessoa, ainda que não seja funcionário público, pelo só fato de estar, em princípio, exercitando o seu direito-dever de crítica. A inviolabilidade estabelecida pelo constituinte de 1988 visa a assegurar ao vereador condições psicológicas e emocionais favoráveis ao desempenho do seu direito-dever de crítica e fiscalização que é inerente ao parlamentar. Mas não confere ao seu titular uma liberdade de palavra sem limites" (*RJDTACrim*, 7:207). Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, sobre o alcance do art. 29, VI, da Constituição: "a verificação de que as opiniões e palavras tidas como ofensivas tenham sido proferidas no *exercício do mandato*, no sentido que tradicionalmente lhe dá nossa prática constitucional (ou seja, de exercício da função de fiscalização e de crítica inerente ao titular do mandato parlamentar, no desempenho deste), depende, no caso, de exame mais aprofundado de fatos e de provas, para o que não é *habeas-corpus* meio idôneo" (*RT*, *648*:337).

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

—F—

—J—

—L—

—T—